

# **Pasienters rett på erstatning ved informasjonssvikt**

## **- i forbindelse med en behandling**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 708  
Leveringsfrist: 25.04.10

Til sammen 16 817 ord

22.04.2010

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>3</u></b>
1.1	Presentasjon av temaet	3
1.2	Problemstillingen	4
1.3	Avgrensning	4
1.4	Rettskilder	6
1.4.1	Lovtekst, forskrift og forarbeider	6
1.4.2	Rettspraksis	7
1.4.3	Praksis fra Pasientskadenemnda	8
1.4.4	Praksis fra Norsk Pasientskadeerstatning	9
1.5	Videre fremstilling	10
<b><u>2</u></b>	<b><u>INFORMASJON TIL PASIENTEN</u></b>	<b><u>11</u></b>
2.1	Innledning	11
2.2	Pasientens krav på informasjon om sin helsetilstand	12
2.3	Informasjon til pasientens nærmeste pårørende	14
2.4	Informasjon når pasienten er mindreårig	15
2.5	Begrunnelser for å holde tilbake informasjon for pasienten	17
<b><u>3</u></b>	<b><u>VILKÅR SOM MÅ FORELIGGE FOR Å KUNNE KREVE ERSTATNING</u></b>	<b><u>19</u></b>
3.1	Innledning	19
3.2	Ansvarsgrunnlaget ved pasientskader	21

<b>3.3</b>	<b>Ansvarsgrunnlaget ved informasjonssvikt</b>	<b>26</b>
3.3.1	Innledning	26
3.3.2	«Akseptabel risiko»	28
3.3.3	Informasjon før oppstarten av en behandling	31
3.3.4	Informasjon etter en behandling er utført	38
<b>3.4</b>	<b>Årsakssammenheng ved informasjonssvikt</b>	<b>39</b>
3.4.1	Innledning	39
3.4.2	Hypotetisk samtykke	42
<b><u>4</u></b>	<b><u>BEVIS</u></b>	<b><u>46</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Generelt</b>	<b>46</b>
<b>4.2</b>	<b>Journalføring</b>	<b>48</b>
4.2.1	Utviklingen når det gjelder kravet til god journalføring	49
4.2.2	Journalføring av ”gitt” informasjon	53
<b><u>5</u></b>	<b><u>SAMLEDE BETRAKTNINGER</u></b>	<b><u>54</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Oppsummering</b>	<b>54</b>
<b>5.2</b>	<b>Refleksjoner</b>	<b>57</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>REFERANSELISTE</u></b>	<b><u>58</u></b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>VEDLEGG</u></b>	<b><u>64</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av temaet

Temaet for avhandlingen er pasienters rett til erstatning dersom det ikke er blitt gitt god nok informasjon før en skade inntreffer.

Med «pasient» menes en «person som henvender seg til helsevesenet med anmodning om helsehjelp eller som helsevesenet gir eller tilbyr helsehjelp i individuelle tilfeller».<sup>1</sup>

Reglene om erstatning ved pasientskader er gitt ved pasientskadeloven.<sup>2</sup> Med begrepet «pasientskader» sikter jeg til pasientskadelovens virkeområde, som innebærer skader voldt pasienter i helseinstitusjoner eller av helsepersonell under ytelse av helsehjelp. Med «helsehjelp» vises det til «handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie – og omsorgsformål og som er utført av helsepersonell», jf. pasientrettighetsloven<sup>3</sup> § 1-3 bokstav c. Lovens virkeområde er angitt i pasientskadeloven § 1.

Formålet med pasientskadeerstatning er: «å styrke det erstatningsrettslige vernet for personer som pådrar seg skader som omfattes av lovens virkeområde».<sup>4</sup>

Før en behandling skal kunne utføres etter norsk rett skal pasienten ha gitt sitt samtykke til utførelsen. For å kunne gi et samtykke er det nødvendig med informasjon, slik at pasienten er bevisst på hva han samtykker i. Etter pasrl. § 3-2 har en pasient rett på slik informasjon. Det er derfor viktig at ikke bare informasjonen gis, men at pasienten forstår hva som blir sagt og hvilke følger en behandling kan få. Dette er noe som skal journalføres, slik at det i ettertid kan bevises at informasjonen ble gitt, og at pasienten ga uttrykk for at han forsto

---

<sup>1</sup> Ot.prp. nr.12 (1998-99) s. 34.

<sup>2</sup> Lov 15. juni 2001 nr. 53 (passkl.).

<sup>3</sup> Lov av 2. juli 1999 nr. 63 (pasrl.).

<sup>4</sup> Ot.prp nr.31 (1998-1999) s. 6.

informasjonen. Dette er særlig viktig dersom det blir en erstatningssak i forbindelse med behandlingen.

## 1.2 Problemstillingen

Da oppgaven dreier seg om informasjonssvikt, vil jeg se på hva som er avgjørende for at informasjonen kan anses å være gitt pasienten og om selve informasjonen er utfyllende nok. Videre skal jeg se på hvilken betydning det har for pasientene at det ikke er gitt god nok informasjon i forkant av en behandling.

Spørsmålet om det er gitt et informert samtykke vil derfor være sentralt i oppgaven, og hvilken praksis som benyttes av Norsk Pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda der informasjonen ikke er tilstrekkelig.

For å kunne avgjøre om det foreligger erstatningsgrunnlag som følge av at det foreligger informasjonssvikt, må vi se på hvilke regler som gir pasienten rett på erstatning, samt hvordan disse skal tolkes og anvendes.

## 1.3 Avgrensning

I avhandlingen behandles reglene for pasienters rett til pasientskadeerstatning som avviker fra alminnelig erstatningsrett. Det avgrenses derfor mot den generelle behandling av de alminnelige reglene i skadeerstatningsloven.<sup>5</sup> Videre avgrenses det mot de prosessuelle vilkårene i pasientskadeloven, dette fordi de prosessuelle vilkårene i snever grad begrenser pasienters rett på erstatning.

---

<sup>5</sup> Lov av 13. juni 1969 nr. 26 (skl.).

Videre mot de strafferettslige elementene som samtykke etter straffeloven<sup>6</sup> § 235 første ledd, jf. §§ 228 f. da det her er pasrl. § 4-1 som er av betydning.

Pasienter påklager ofte at det foreligger informasjonssvikt. Pasient- og brukerombudet i Rogaland ble for eksempel kontaktet over tusen ganger i fjor, mer enn halvparten av henvendelsene dreide seg om informasjonssvikt.<sup>7</sup> Informasjonsområdet er bredt, fra informasjon om risikoer i forbindelse med en behandling til informasjon om fritt sykehusvalg. I denne oppgaven avgrenser jeg til informasjon etter pasrl. § 3-2 i forbindelse med en behandling.

Samtykke står sentralt i denne oppgaven, men jeg vil ikke gå inn på krav om hva som må foreligge for at samtykke anses gyldig. Dette på grunnlag av at det ikke er selve samtykket men den informasjonen som er gitt i forkant av samtykket som er avgjørende for om det foreligger informasjonssvikt.

Jeg velger å avgrense oppgaven på denne måten på grunn av at oppgaven i første omgang dreier seg om informasjon. Samtykke blir tatt med inn i oppgaven som et vilkår for å kunne starte en behandling. Det vil derfor ikke falle innenfor oppgaven å drøfte de strafferettslige elementene om samtykke, samt samtykkes gyldighet. Jeg avgrenser informasjonsbegrepet på denne måten på grunn av at det var *Cauda equina* (Rt. 1998 s. 1538) som fikk meg til å ønske og skrive denne oppgaven. Denne dommen omhandler informasjonssvikt i forbindelse med en behandling og ble utgangspunktet i min oppgave.

---

<sup>6</sup> Lov av 22. mai 1902 nr. 10 (strl.).

<sup>7</sup> <http://nrk.no/nyheter/distrikt/rogaland/1.7029736> (09.03.2010)

## 1.4 Rettskilder

### 1.4.1 Lovtekst, forskrift og forarbeider

For å kunne fastsette hvordan bestemmelsene om erstatning til pasienter som er blitt utsatt for informasjonssvikt skal tolkes og anvendes, må man bruke alminnelig juridisk metode. Ved tolkning vil den naturlige språkforståelsen av ordlyden være tungtveiende, og denne kan suppleres med tolkningen av de øvrige rettskildefaktorene.

Erstatning til pasienter som er blitt utsatt for informasjonssvikt er hjemlet i pasientskadeloven. Pasientskadeloven omhandler erstatning ved pasientskader. Den trådte for den offentlige helsetjenestens<sup>8</sup> del i kraft 1. januar 2003,<sup>9</sup> og for den private helsetjenesten trådte den i kraft 1. januar 2009. Lovens ordlyd er den viktigste rettskilden ved kartleggingen av gjeldende rettstilstand.

Reglene for utmålingen av pasientskadeerstatningen må ses i sammenheng med skadeerstatningsloven. Dette innebærer at dersom pasientskadeloven ikke angir noen særskilte regler er det reglene i skadeerstatningsloven som gjelder.

Ordlyden er viktig når man skal tolke pasientskadeloven, i tillegg er forarbeidene av stor betydning. De viktigste forarbeidene er Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) og NOU 1992:6. avgitt av Lødruputvalget. Videre vil lovens formål ha betydning for tolkningen, formålsbetraktninger omfatter hensynet bak pasientskadeerstatningsordningen.

En annen lov innen denne oppgaven er pasientrettighetsloven. Det er i denne loven vi finner pasientenes rettigheter om informasjon og samtykke som denne oppgaven

---

<sup>8</sup> I Ot.prp.nr.12 (1998-1999) under definisjon av helsetjenesten side 38, refereres det til NOU 1992:8 som sier: «Med helsevesenet menes de tiltak som kommuner, fylkeskommuner og staten kan eller skal sørge for i henhold til lov eller annet rettsgrunnlag for at befolkningen til enhver tid skal få dekket sitt behov for helsehjelp».

<sup>9</sup> Jf. Kgl.res.20.desember 2002.

omhandler. Denne loven trådte i kraft i 1.januar 2001.<sup>10</sup> De sentrale forarbeidene i pasientrettighetsloven er Ot.prp. nr 12 (1998-1999) og NOU 1992:8.

Disse lovene er relativt nye, og forarbeidene har derfor en stor vekt. I min oppgave har jeg brukt forarbeidene mye, da de er utfyllende på de problemstillingene denne oppgaven tar opp. En av grunnene til at forarbeidene er viktig i denne oppgaven, er at det fremdeles foreligger lite rettspraksis på området, jf. nedenfor under pkt. 1.4.2.

#### 1.4.2 Rettspraksis

I og med at de omtalte lovene er relativt nye foreligger det foreløpig ingen Høyesterettsavgjørelser om informasjonssvikten etter at disse lovene trådte i kraft. Norsk Pasientskadeerstatning har etter denne tid fattet flere vedtak, som igjen er blitt avgjort i klageinstansen Pasientskadenemnda. Loven er imidlertid i all hovedsak en kodifisering av de regler som gjaldt under den midlertidige ordningen. Eldre dommer og annen praksis vil altså fortsatt være relevante rettskildefaktorer.

Når det gjelder saker om informasjonssvikt har Høyesterett i løpet av 1900- tallet avsagt 3 dommer. I alle sakene var det legene/sykehusene som fikk medhold.

Den første dommen fra Høyesterett som tok opp spørsmålet om informert samtykke var *Lymfeknute* (Rt. 1981 s. 728). Denne dommen handlet om en 11 år gammel gutt som fikk fjernet en lymfeknute fra halsen under lokalbedøvelse ved sykehusets poliklinikk. Inngrepet tok sikte på undersøkelse av vevet, og det ble konstatert at det ikke var noen ondartet svulst. Senere ble det påvist at en nerve (*nervus accessorius*) var skadet, og det førte til lammelse av *musculus trapezius*, slik at gutten fikk problemer med arm og skulder.

---

<sup>10</sup> Se. pasrl. § 9-1, jf. res. 1 des. 2000 nr. 1198.



Den andre dommen som ble tatt opp i Høyesterett var *Nervesvulst* (Rt. 1993 s. 1169). Saken gjaldt krav på erstatning for skade som ble påført da en nervesvulst ble fjernet under en operasjon. Før vedtakelsen av pasientrettighetsloven hadde *Nervesvulst* stor rettskildemessig vekt når det gjelder samtykkekravet i norsk rett ved medisinsk behandling.

Den siste dommen som er blitt avsagt av Høyesterett om informasjonssvikt er *Cauda equina* (Rt. 1998 s. 1538). Her ble skadelidte i 1990 operert i ryggen med sikte på å fjerne eller bedre hans isjiasplager<sup>11</sup>. Under operasjonen ble nerverøtter nederst i ryggen påført skade, noe som bl.a. påvirket seksualfunksjonen til pasienten. Selv om denne dommen ble avsagt før pasientskadeloven kom, er den fremdeles av stor relevans, og man ser at Pasientskadenemnda legger vekt på argumentasjonen angående hypotetisk samtykke<sup>12</sup> når de avsier sine avgjørelser, jf. PSN-2006-127

Det er i ettertid avsagt noen dommer i lagmannsretten. Dom som ble avsagt i Agder lagmannsrett i 2007 omhandlet erstatning etter de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning. Pasienten hadde her pådratt seg en cauda equina-skade etter to ryggoperasjoner. Lagmannsretten kom frem til at behandlingen var adekvat, og risiko for skade var kjent og innenfor det akseptable.<sup>13</sup> Selv om det foreligger noen domsavgjørrelser fra tingretter og lagmannsretter etter at den nye loven trådte i kraft, benyttes fremdeles de midlertidige reglene. Dette da det er flere gamle saker som er gjenopptatt der skaden er skjedd før de nye reglene trådte i kraft.

### 1.4.3 Praksis fra Pasientskadenemnda

Når jeg ser på praksis fra *nemnda* er det sjelden at de kommer til at det foreligger grunnlag til erstatning. Da jeg søkte på «informasjonssvikt» på lovdata kom det opp 763 avgjørelser som hadde informasjon i teksten og 26 av disse hadde informasjonssvikt i sammendraget. Da jeg

---

<sup>11</sup> Isjias = samlebetegnelse på lidelser hvor hovedsymptomet er smerter som ståler fra korsryggen bak hoften, ned i låret og eventuelt ut i foten, Nylenna 2010.

<sup>12</sup> Se pkt 3.4.2.

<sup>13</sup> Sammendraget i *Prolaps* (LA-2007-48909).

tok for meg de siste 26 avgjørelsene var det kun i 3 avgjørelser at pasientene fikk erstatning for skadene, men det var kun en der pasienten fikk medhold pga informasjonssvikt. Det var kun i tre av de 26 avgjørelsene jeg så på fra *nemnda* som gikk i motsatt retning av det norske pasientskadeerstatningens avgjørelse sa, resten ble altså stadfestet av *nemnda*.

Dette tilsier derfor at det skal mye til for å kunne få erstatning for informasjonssvikt. Det som gikk igjen i de fleste avgjørelsene og som var avgjørende for resultatet var to muligheter; enten så forelå det dokumentasjon i form av journalføring, hvis ikke så la de vekt på at det var mest sannsynlig at pasienten ville ha gjennomført behandlingen selv om de hadde fått tilstrekkelig med informasjon. Et spørsmål her blir derfor hvilken vekt praksis fra *nemnda* kan tillegges i forhold til andre rettskildefaktorer. I *Angiografi* (Rt. 2006 s, 1217),<sup>14</sup> legger Høyesterett til grunn at avgjørelser fra *nemnda* kan gi tolkningsbidrag «i den utstrekning de kan tas som uttrykk for, eller ha gitt utslag i, en fast og konsistent praksis, jf. Rt 2005 s. 1757, avsnitt 45, som gjaldt Trygderettens praksis» (avsnitt 38).

#### 1.4.4 Praksis fra Norsk Pasientskadeerstatning

Norsk pasientskadeerstatning<sup>15</sup> ble opprettet 1. januar 1988, og utvidet fra 01. juli 1992. Utvidelsen gjaldt at behandling ved psykiatriske sykehus eller poliklinikker ble en del av NPE-ordningen. NPE ble opprettet på bakgrunn av at svært få benyttet seg av muligheten til å kreve erstatning for den skade som har skjedd. Formålet med NPE er å gi pasientene bedre erstatningsrettslig vern gjennom en forenklet erstatningsordning.<sup>16</sup>

«Norsk pasientskadeerstatning er ansvarlig for skader som omfattes av pasientskadelovens virkeområde og skal behandle krav og utbetale erstatning».<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Stadfestet i *Sarkom* (Rt. 2008 s, 218)

<sup>15</sup> Heretter NPE.

<sup>16</sup> <http://www.lhl.no/Leve-med-sykdom-/Rettigheter/Andre-rettigheter/Pasientskadeerstatning> (04.12.08).

<sup>17</sup> FOR 2002-12-20 nr 1625, § 3 første ledd.

Etter passkl. § 9 skal «krav om erstatning for pasientskade meldes skriftlig til Norsk Pasientskadeerstatning eller forsikringsgiver, etter § 8».

Praksis fra NPE viser at det skal mye til for å få gjennom erstatningskrav for informasjonssvikt. Dette kan være grunnen til at mange pasienter opplever NPE mer som en motpart enn som et nøytralt og veiledende organ. Da NPE er underinstansen til *nemnda*, vil praksisen til NPE ha mindre vekt enn *nemnda* sin praksis. Dette standpunktet kan underbygges ved å vise til at vedtak fra NPE ikke er publisert, og således mindre tilgjengelig enn *nemndas* praksis.

## 1.5 Videre fremstilling

Ved utformingen av denne oppgaven har jeg vært gjennom flere varianter. En av disse var å slå hele oppgaven sammen å foreta en kasuistikk, der jeg delte opp oppgaven etter hvem og i hvilke tilfeller informasjon blir gitt. Dette for så å se om det forelå noen forskjeller. Det jeg kom frem til ved å se på denne muligheten var at jeg kom til å måtte gjenta meg i flere tilfeller, oppgaven ville da bli bygd på gjentakelser. Dette da jeg oppdaget at det ikke foreligger noen forskjeller på ansvarsgrunnlaget og årsakssammenhengen ut i fra hvem som har rett på å få informasjon.

Avhandlingen inneholder derfor en hoveddel som tar for seg når vilkårene til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng kan anses oppfylt. For å kunne gå nærmere inn på dette vil jeg først redegjøre for den formelle retten, for så å få en forståelse av hvilken rett til informasjon pasienten i en behandlingssituasjon har krav på.

Dette er en ren juridisk avhandling, selv om det foreligger nære grenser mot medisin. Tar derfor kun for meg det som omhandler medisin så langt som det er nevnt i loven eller forarbeider. Forholder meg mest til risikoer og bivirkninger, og ikke hvilke risikoer og bivirkninger som forekommer.

I og med at jeg i avhandlingen bruker en del dommer satt av tingrettene og lagmannsrettene tok jeg kontakt med tingretten i Sør-Trøndelag for å undersøke muligheten til å få hentet ut dommene gjennom dem. Dette fordi det både mangler navn og sidetall på de dommene som jeg hentet ut gjennom lovdata. Jeg fikk da til svar at de ikke hadde kapasitet til å hjelpe meg med utskrift av de dommene jeg trengte. Jeg kan derfor ikke referere til sidetall der jeg bruker domslitteratur hentet fra lagmannsrettene og tingrettene. Kallenavnene jeg har satt på dommene er derfor hentet fra pasientenes sykdomsbilde.

## **2 Informasjon til pasienten**

### **2.1 Innledning**

For videre oppfølging er det viktig med et godt tillitsforhold mellom pasient og behandler/lege. Kommunikasjonen med pasienten kan deles opp i en trefunksjonsmodell, der funksjon 1 er å kartlegge pasientens problem. Etter dette går man over til funksjon 2 som innebærer å ivareta forholdet mellom pasienten og behandler. Denne oppgaven faller på funksjon 3, som er å gi informasjon og iverksette behandling.<sup>18</sup>

For at en pasient skal kunne holde seg oppdatert om sin helsetilstand er det viktig med informasjon. Dette gjelder før det skal utføres en spesiell behandling med eventuelle risikoer, eller dersom det foreligger risikoer i etterkant av en behandling. Informasjon etter en behandling er viktig for å kunne legge alt til rette for at man skal gå ut av en behandling med et best mulig resultat. Hvem som har krav på denne informasjonen til en hver tid følger av pasrl. § 3-2. Etter denne rettsregelen har en pasient rett på informasjon som er nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen.

Informasjonsplikten har til formål å sette pasienten i stand til å gi et gyldig samtykke til om behandling skal iverksettes eller ikke. For å bygge opp under dette formålet er det derfor

---

<sup>18</sup> Kringlen 2006 s. 25-26.

viktig at informasjonen blir gitt, slik at pasienten får informasjon som påregnes å være av betydning for en slik beslutning. Tanken om informasjonsplikts formål ble stadfestet i *Nervesvulst* (Rt. 1993 s. 1169):

«Et slikt samtykke forutsetter at pasienten \*har tilstrekkelig oversikt over formålet med behandlingen, sannsynligheten for at den vil gi den tilsiktede virkning, og hvilke komplikasjoner og bivirkninger som vil kunne oppstå» (s. 1174).

I forarbeidene uttrykkes det at kvalitetskravene som stilles «skal tilfredsstille kravet om informert samtykke i § 4-1».<sup>19</sup> Videre skal kravene «være tilstrekkelige for at pasienten kan benytte sin rett til medvirkning».<sup>20</sup>

## 2.2 Pasientens krav på informasjon om sin helsetilstand

Både ordlyden og forarbeidene taler for at det skal foreligge en omfattende informasjonsplikt, dette når det lar seg gjennomføre rent praktisk. Av pasrl. § 3-2 første ledd fremgår det at pasienten har rett til informasjon som er «nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand». Det foreligger to sentrale element ved informasjonsplikten; det første er informasjon utenom den aktuelle behandlingen. Dersom en pasient ønsker og avstå fra behandlingen, har pasienten med andre ord rett til å få vite hva han risikerer. Han har rett på informasjon om de forskjellige behandlingsmulighetene, dersom det foreligger alternativer. Det er ikke avgjørende hva legen synes er den beste behandlingen. Når pasienten har valgmuligheter er det viktig at pasienten får like mye informasjon om hver enkelt mulighet, slik at han kan klare å foreta et valg. Legen kan selvfølgelig anbefale, men ikke utelukke informasjon.

Det andre sentrale elementet for informasjonsplikten er opplysninger om hva pasienten risikerer ved å la seg behandle. Dette er av særlig betydning dersom pasientens

---

<sup>19</sup> Ot.prp. nr.12 (1998-1999) s. 129.

<sup>20</sup> Ibid.

helsemessige utgangspunkt relativt sett er tilfredsstillende. Samtidig som det foreligger en ikke ubetydelig risiko for at behandling ikke vil bedre, men snarere forverre situasjonen. Dersom behandlingen medfører risiko for betydelige skadevirkninger, er det av stor betydning at pasienten får informasjon om disse risikoene før en beslutning treffes og behandling iverksettes. Desto alvorligere inngrepet er, desto større er behovet for å få riktig og tilstrekkelig informasjon. I situasjoner der det kan være snakk om alvorlige og/eller uopprettelige konsekvenser vil informasjonsbehovet være stort, og informasjonsplikten vil være streng.

Etter pasrl. § 3-5 skal informasjonen være tilpasset «mottakerens individuelle forutsetninger, som alder, modenhet, erfaring og kultur – og språkbakgrunn. Informasjonen skal gis på en hensynsfull måte».

Etter andre ledd skal personellet så langt som mulig sikre seg at pasienten faktisk har forstått den informasjonen som er gitt. Om slik informasjon er gitt skal dette nedtegnes i pasientens journal, jf. pasrl. § 3-5 tredje ledd. I tilfeller hvor pasienten tilhører en minoritetsgruppe, er det viktig at han eller hun forstår den informasjonen de blir gitt. Dersom helsepersonellet anser det nødvendig skal det i slike tilfeller anskaffes en tolk.<sup>21</sup> Det bør da være et helsepersonell som utfører oversettelsen da det kreves spesiell opplæring, ikke pasientens pårørende.

I pasrl. § 3-1 første ledd andre punktum uttrykkes det at pasienten har «rett til å medvirke ved valg mellom tilgjengelige og forsvarlige undersøkelses- og behandlingsmetoder». Det fremgår ikke av lovens § 3-2 første ledd at informasjonsplikten inneholder informasjon angående alternative behandlingsmetoder, men av forarbeidene fremgår det at informasjonsplikten omfatter «*alternative fremgangsmåter*».<sup>22</sup> Det uttales også i *Nervesvulst* (Rt. 1993 s.1169 (s. 1174)) at informasjonsplikten er særlig viktig i situasjoner der det foreligger «*reelle valgmuligheter*». Dette må ses opp i mot at pasienten hevdet å

---

<sup>21</sup> Ot.prp. nr.12 (1998-99) s. 74.

<sup>22</sup> Ot.prp.nr.12 (1998-99) s. 69.

ikke ha fått informasjon om risikoene som fulgte den behandlingen som ble gjennomført. Dersom det her var en behandling som var mindre risikofull så burde pasienten få informasjon til å kunne ta et informert valg. Ved at pasienten ikke får informasjon om mulige behandlingsmuligheter og hvilken risiko hver enkelt behandling innebærer, vil ikke pasienten kunne ta en forsvarlig beslutning etter egne ønsker.

Ordet «*tilgjengelige*» behandlingsmetoder innebærer alle behandlingsmuligheter, også de som faller utenfor institusjonens vanlige tilbud. I utgangspunktet er det sagt at legen har plikt til å informere pasienten om metoder som er akseptert og alminnelig kjent i det medisinske miljø. Det er derfor ikke et krav til at det aktuelle institusjonen gjennomfører denne type behandling.<sup>23</sup>

Retten til å medvirke innebærer at en pasient kan si nei til et inngrep. I forarbeidene uttales det at «såfremt det er aktuelt skal pasienten gis mulighet til å velge mellom tilgjengelige undersøkelser – og behandlingsmetoder, samt komme med vurdering av behandling i ettertid».<sup>24</sup> Når det gjelder hvordan den aktuelle behandlingen skal gjennomføres, er dette av medisinskfaglig karakter. Det kreves derfor en faglig vurdering, noe som legen og ikke pasienten har kompetanse til å foreta. Unntaket vil her være dersom pasienten selv er lege med faglig kvalifisert oppfatning om hvordan behandlingen bør gjennomføres.

### 2.3 Informasjon til pasientens nærmeste pårørende

Etter pasrl. § 3-3 første ledd kan pasientens nærmeste pårørende få informasjon om pasientens helsetilstand og den helsehjelp som ytes. Vilkåret for at informasjon kan gis er at pasienten har samtykket eller at forholdene tilsier det. Hvem som regnes som pasientens pårørende kommer tydelig frem i pasrl. § 1-3 bokstav b, hovedregelen er de personene pasienten anfører som sine pårørende. Videre i lovteksten listes det opp hvem som anses

---

<sup>23</sup> Aasen 2000 s. 411.

<sup>24</sup> Ot.prp.nr.12 (1998-99) s. 65.

som pårørende dersom pasienten ikke er i stand til å henvise til noen. Pasrl. § 3-3 kan ses på som en styrket videreføring av legeloven § 26 første ledd. Her er det kravet til pasientens samtykke som er styrket.<sup>25</sup> Som det kommer frem av pasrl. § 3-3 første ledd er det et vilkår at pasienten samtykker til videreformidlingen av informasjon til sine pårørende, dette kommer av at informasjonen i utgangspunktet er taushetsbelagt. Pasienten kan bestemme at bare visse opplysninger skal kunne videreformidles til hans pårørende.

Et unntak fra kravet om samtykke fra pasienten vil være «*eller forholdene tilsier det*», jf. pasrl. § 3-3 første ledd. Grunner som kan dekke dette unntaket kan være at pasienten er bevisstløs eller har psykiske forstyrrelser av ulik karakter. I visse tilfeller kan informasjon gis til pasientens nærmeste pårørende på grunnlag av et antatt samtykke, jf. pasrl. § 4-6 annet ledd. Det skal da foretas en konkret vurdering om hva som det skal gis informasjon om og hva som bør holdes tilbake. Informasjon kan unnlates dersom den kan virke krenkende for pårørende, eller at pasienten ved tidligere anledning har uttrykt at han ikke ønsker at slik informasjon skal gis.

Helsepersonell har opplysningsplikt, eller opplysningsrett om taushetsbelagt opplysninger det er snakk om for eksempel allmennfarlige smittsomme sykdommer. Det vil være overfor personer som med overveidende sannsynlighet vil stå i fare for å bli påført slik smittsom sykdom, som for eksempel pårørende.<sup>26</sup>

## 2.4 Informasjon når pasienten er mindreårig

Det er ifølge pasrl. § 3-4 innført en «*helserettlig myndighetsalder*», denne grensen er på 16 år, jf. første ledd. Dersom pasienten er under 16 år skal derfor både pasienten og foreldrene eller andre med foreldreansvaret få den informasjonen som etter pasrl. § 3-2 er nødvendig. Det finnes unntak fra denne hovedregelen. Et unntak er dersom pasienten er mellom 12 -16

---

<sup>25</sup> Syse 2009 s. 273.

<sup>26</sup> Ot.prp.nr.12 (1998-99) s. 73.



år, og at det av grunner bør respekteres at pasienten ikke ønsker at foreldre skal få informasjon, jf. annet ledd. Foreligger det informasjon som er nødvendig for å oppfylle foreldreansvaret, skal informasjon gis til foreldre eller andre med foreldreansvaret når barnet er under 18 år, jf. tredje ledd.

Er barnet mellom 12-16 år vil legens opplysningsplikt som hovedregel rettes mot både barn og foreldre, jf. pasrl. § 3-4 andre og tredje ledd. Er barnet under 12 år skal informasjon rettes mot barnets foreldre. Alle barn har rett på informasjon om sin tilstand og behandling, jf. § 3-2. I slike tilfeller skal legen samarbeide med foresatte for å finne en måte som tar hensyn til barnets alder og utvikling, jf. § 3-5.

Etter § 3-4 tredje ledd har helsepersonell som hovedregel taushetsplikt for barn over 16 år, med unntak av dersom barnet samtykker til at informasjon gis eller at unntaket i tredje ledd kommer til anvendelse.

«Særregelen i tredje ledd innebærer f.eks at foreldre må få opplysning om hvor barnet befinner seg, om evt. selvmordsfare og om innleggelse i sykehus pga. livstruende tilstander, alvorlige spiseforstyrrelser og lignende. Informasjonsplikten innebærer ikke en full redegjørelse for den generelle helsetilstanden, hvilke undersøkelser som er foretatt mv».<sup>27</sup>

Forarbeidene<sup>28</sup> uttrykker at helsepersonell ikke kan holde tilbake informasjon til foreldre eller andre med foreldreansvaret ved mer alvorlige psykiske lidelser. Særlig hvis det er fare for selvskading eller redusert utvikling, ved omgang med ulovlige rusmidler eller større fysiske skader på grunn av kriminelle handlinger. Et krav til at unntaket i tredje ledd kan anvendes er at det anses som «nødvendig» for at foreldre skal kunne fylle kravene som forventes etter foreldreansvaret. Slik informasjon kan gis frem til barnet er 18 år. Informasjonsplikten innebærer ikke at foreldre har krav på full redegjørelse. Opplysninger som blir gitt skal nedtegnes i journalen.

---

<sup>27</sup> Syse 2008 s. 3194.

<sup>28</sup> Ot.prp. nr.12 (1998-99) s. 131.

## 2.5 Begrunnelser for å holde tilbake informasjon for pasienten

Det brukes fremdeles noen tradisjonelle begrunnelser til å holde informasjon tilbake for pasienten. Det vanligste argumentet for å holde tilbake informasjon vil være det primære ønsket om å ikke gjøre skade. Dette er hentet fra de Etiske regler for leger del I § 1 første ledd som lyder som følgende: «En lege skal verne menneskets helse. Legen skal helbrede, lindre og trøste. Legen skal hjelpe syke til å gjenvinne sin helse og friske til å bevare den».

Denne argumentasjonen er kun brukbar dersom man vet at pasienten vil ta skade av å få utlevert informasjonen. Dette kan være en vanskelig situasjon da man ikke vet om pasienten vil ta skade av informasjonen uten å informere pasienten. Dette må derfor avgjøres ved en subjektiv antagelse fra legens side, Buchanan fremhever at det er holdbart at man positivt vet at pasienten vil skades ved informasjonen.<sup>29</sup>

I 1981 ble det avsagt en dom som handlet om at en 11-årig gutt fikk fjernet en lymfeknute fra halsen under lokalbedøvelse ved en poliklinikk. En nerve ble skadet og gutten fikk problemer med arm og skulder. Guttens mor fikk aldri informasjon om denne risikoen, førstvoterende uttalte dette i sin vurdering:

«Jeg kan ikke legge noen vekt på at [guttens] mor ikke ble orientert om skaderisikoen. Man måtte i så fall ha orientert om at inngrepet kunne avdekke livstruende sykdom. Etter min mening kan man ikke bebreide [legen] for at han utførte inngrepet uten å gi noen slik orientering».<sup>30</sup>

Høyesterett aksepterer på denne måten at legen holdt tilbake informasjon for å skåne moren, slik at hun skulle slippe unødig engstelse. Dette er en dom som i ettertid har fått mye kritikk.

I pasrl. § 3-2 tredje ledd er det nå slått fast at informasjon

---

<sup>29</sup> Buchanan 1978 s. 377.

<sup>30</sup> *Lymfeknute* (Rt. 1981 s. 728 (s. 735)).

«kan unnlates dersom det er påtrengende nødvendig for å hindre fare for liv eller alvorlig helseskade for pasienten selv. Informasjon kan også unnlates dersom det er klart utilrådelig av hensyn til personer som pasienten står nær, å gi slik informasjon».

Det fremgår av ordlyden at unnlatelsen kan gjelde både informasjon om pasientens helsetilstand og behandling, jf. første punktum.

Etter tredje ledd skal ikke informasjon gis dersom det foreligger et nødsrettslig grunnlag for å unnlate informasjon, enten av hensyn til pasienten selv (første punktum) eller til hans omgivelser (annet punktum). Begrunnelsen for hvorfor informasjon ikke gis skal nedtegnes i journalen, jf. § 3-5 tredje ledd og helsepersonelloven<sup>31</sup> § 40. Det finnes kun to grunnlag for å holde tilbake informasjon; hensynet til pasientens eget liv og egen helse, eller at det finnes klart utilrådelig av hensynet til personer som står pasienten nær. Det fremgår av forarbeidene at disse unntakene er uttømmende. Retten til informasjon oppfattes så vesentlig at bare alvorlige situasjoner ut fra nødrettsbetraktninger faller inn under «fare for liv eller alvorlig helseskade». I forarbeidene er det gitt et eksempel,

«der pasienten er diagnostisert med en svært alvorlig somatisk<sup>32</sup> sykdom samtidig som pasienten er inne i en psykisk ustabil periode. Dersom pasienten får vite om den alvorlige diagnosen på et slikt tidspunkt, kan dette medføre fare for pasientens liv eller fare for alvorlig helseskade hos pasienten. Må ses i sammenheng med innsynsretten etter lovens § 5-1».<sup>33</sup>

Vilkåret «klart utilrådelig» stiller strenge krav, men litt lempeligere enn nødretten etter første punktum.

---

<sup>31</sup> Lov 2. juli 1999 nr. 64 (Hlspl.).

<sup>32</sup> Somatisk = legemlig, som har med kroppen å gjøre. Motsatt: psykisk, Nylenna 2010.

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 93.

### 3 Vilkår som må foreligge for å kunne kreve erstatning

#### 3.1 Innledning

For at pasientskadeloven skal komme til anvendelse, må det foreligge en «pasientskade», jf. passkl. § 1 andre ledd. Begrepet skade skal forstås på samme måte som i erstatningsretten ellers.<sup>34</sup> Utgangspunktet blir da at både personskader, tingskader og formuesskader omfattes. Et vilkår for at skaden skal kunne betegnes som en pasientskade er at skaden har en sammenheng med pasientrollen.

Etter passkl. gjelder bare erstatning for personskader, dette omfatter både psykiske og fysiske skader. Tingskader og de rene formuesskader omfattes derimot ikke av loven – dette da de som regel ikke skyldes forhold som er nevnt i passkl. § 2 første ledd bokstav a-e. Det nevnes noen unntak i forarbeidene. Her fremkommer det at tingskader kan erstattes hvor de er under forhold som nevnt i bokstav a-e. Eksempler på dette er skade på egne tenner, gebiss, klær eller smykker.<sup>35</sup> Det må her vurderes hvilken situasjon saken gjelder, er det en planlagt operasjon bør ikke pasienten ta på seg dyrebare smykker. Etter forarbeidene utelukkes erstatning i slike tilfeller.<sup>36</sup>

Begrepet pasientskade avgrenses i passkl. § 1 andre ledd. Dersom pasienten er utenfor en behandlingssituasjon, vil skaden ikke være omfattet av loven. Det kan derfor ikke betegnes som en pasientskade at pasienten faller på glattisen ved inngangsdøren til sykehuset, dette fordi pasienten ikke kan anses å være i en behandlingssliknende situasjon på skadetidspunktet. Både fysiske og psykiske skader faller inn under pasientskadebegrepet.<sup>37</sup> Loven stiller ikke krav til skadens varighet, forbigående skader omfattes derfor. Det kan her vises til en avgjørelse av *nemnda*, i PSN-2003-692 ble NPE sitt vedtak om tilkjennelse av erstatning stadfestet. Det ble her vist til at det handlet om en forlenget

---

<sup>34</sup> Ot.prp. nr.31 (1998-99) s. 55.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> NOU 1992:6 s. 18.

sykemeldingsperiode på ca. 2-3 måneder, der pasienten fikk en medisinsk invaliditet satt til ca. 5 %.

Som i alminnelig erstatningsrett kreves det også ansvarsgrunnlag, jf. nedenfor pkt. 3.2. Det er også et krav at pasienten må ha blitt påført et økonomisk tap, fått et varig og betydelig mén, eller han må ha dødd. I tillegg kreves det en adekvat årsakssammenheng mellom handlingen og det økonomiske tapet.

For utmåling av det økonomiske tapet gjelder skadeerstatningsloven,<sup>38</sup> jf. passkl. § 4 første ledd. Et unntak fra skadeerstatningsloven er at etter passkl. § 4 første ledd annet punktum erstattes ikke tap under 5000 kroner. Det økonomiske tapet etter pasientskadeloven kan være inntektstap, tap av forsørger eller økte merutgifter til for eksempel legebehandling, medisiner eller transport som ikke blir refundert. Etter loven kan man ikke kreve oppreisning fra NPE, jf. passkl. § 4 første ledd annet punktum.

Det er ikke alltid en skade fører til et økonomisk tap, det kan som et eksempel være at en person under en operasjon mister smakssansen. Dette er noe som mange mener ikke kan måles opp i penger, da dette ikke kan kjøpes tilbake. Også sorgen man sitter igjen med ved en nærståendes død er eksempel på et ikke-økonomisk tap.

Ménerstatning kan også bli utbetalt dersom man har fått en varig eller betydelig skade, dette også selv om man ikke har hatt noe økonomisk tap. Ménerstatningen skal kompensere for redusert livskvalitet og livsutfoldelse. Den medisinske invaliditeten som følge av behandlingsskaden må være på 15 % eller mer.

Kravet til årsakssammenheng innebærer at det må være en sannsynlig sammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og den skade man er påført for å kunne ha krav på erstatning, altså en faktisk forbindelse mellom handlingen og skaden. Dette innebærer at dersom skaden hadde inntrådt uansett oppstår ingen erstatningsplikt.

---

<sup>38</sup> Lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeerstatning og alminnelige erstatningsrettslige regler.

### 3.2 Ansvarsgrunnlaget ved pasientskader

Ansvarsgrunnlagene ved en evt. pasientskade fremgår av passkl. § 2, her stilles det krav til hva skaden må skyldes. I forarbeidene i passkl. nevnes det flere ansvarsgrunnlag ved pasientskader. Komiteen understreker at reglene om ansvarsgrunnlag innebærer at terskelen for hvilke handlinger som utløser ansvar skal være lavere enn i den alminnelige erstatningsretten.<sup>39</sup> Hovedregelen også her er at den som har vært uaktsom er erstatningsansvarlig. Er skaden forvoldt av legens uaktsomhet, kan helsearbeideren også bli erstatningsansvarlig. Dersom helsearbeideren blir erstatningsansvarlig på dette grunnlaget, blir også vedkommendes arbeidsgiver ansvarlig etter skl. kap 2. Det er dette grunnlaget som påberopes mot sykehuseierne når det gjelder erstatning for feilbehandling.<sup>40</sup>

Hovedregel er at pasienten og andre som har lidt tap på grunn av en pasientskade, har krav på erstatning når skaden skyldes «svikt» ved ytelsen av helsehjelp. Hva som ligger i kravet til «svikt ved ytelsen av helsehjelp» er poengtert i *Spondylolistese* (TOSLO-2006-138523), her viser retten til at det etter ordlyden må:

«foreligge et avvik fra en medisinskfaglig forsvarlig behandlingsmåte, uten at det behøves å konstatere noe klanderverdig eller uaktsomt forhold ved ytelsen. Utrykket «svikt» er generelt, og må inkludere den rene behandlingssvikt, men kan også inkludere annen type svikt, for eksempel svikt ved informasjon».

I *Spondylolistese* vises det til at også informasjonssvikt faller innenfor passkl. § 2 om «svikt ved ytelsen av helsehjelp». Det kan også anses som uaktsomt av legen å ikke informere pasienten om risikoer og bivirkninger som kan oppstå ved en evt. behandling. I *Korsryggsmarter* (LB-2008-102426) sies det at uaktsomhetsansvaret slik det praktiseres av domstolene i dag, utløses når en pasient ikke har fått slik behandling som vanlig god praksis tilsier. Videre vises det til *Røntgenstråle* (Rt. 1978 s. 482) som presiserer at ikke enhver menneskelig svikt som skjer under arbeid med å helbrede sykdommer vil overstige terskelen hvor ansvar for uaktsomhet er på sin plass. Det må foreligge en viss margin for

---

<sup>39</sup> Innst.O.nr.68 (2000-2001) under § 2 erstatning for pasientskade.

<sup>40</sup> Ot.prp. nr.31 (1998-99) s. 58.

uhell, dette dersom det er et dyktig og ansvarsbevisst personale som gjør sitt beste. Dette selv om det senere kan påbevises at behandlingen objektivt sett ikke skulle vært gjennomført. Særlig må dette gjelde hvor behandlingen i noen grad beror på utøvelsen av skjønn (s. 486-87).

I PSN-2006-294 kom *nemnda* til at det ikke forelå svikt ved ytelsen av helsehjelp, dette fordi *nemnda* kom til at selve operasjonen ble utført i tråd med alminnelige medisinske retningslinjer, og at pasienten hadde fått korrekt oppfølging etter inngrepet.

Videre i lovteksten nevnes det «selv om ingen kan lastes» for skaden, jf. passkl. § 2 første ledd bokstav a. Dette ansvaret blir ofte omtalt som et objektivisert ansvar eller utvidet uaktsomhetsansvar. Feilregelen er objektivisert i den forstand at den utelukker subjektive unnskyldningsgrunner.<sup>41</sup> Pasienten vil dermed få tilkjent erstatning selv om den behandlede lege ikke ville blitt ansvarlig etter alminnelig erstatningsrett. Ansvarsgrunnlaget går derfor lenger enn det alminnelig uaktsomhetsansvar (*culpa*), derfor også kaldt «*culpa light*».<sup>42</sup>

I de midlertidige reglene var det et krav at pasienten hadde fått adekvat behandling, jf. § 3 d. Det ble i *Ruptur* (Rt. 1998 s. 1336) uttalt at dette innebar at det skulle «anvendes en faglig norm som er strengere enn en vanlig aktsomhetsvurdering». Det ble videre uttalt at en behandling kan bli ansett som adekvat «selv om det skulle vise seg at en annen tilgjengelig behandlingsmåte hadde medført et bedre resultat» (s. 1343). Dette bekreftes i *Sarkom* (Rt. 2008 s. 218), der førstvoterende viser til at etter hans syn «skal det noe særskilt til for at domstolene kan anse noen av disse alternativene for ikke å være adekvate behandlingsformer» (avsnitt 37). I passkl. har vi ikke noen lovtekst som sier at behandlingen skal være adekvat, men dette er lagt i aktsomhetsansvaret:

«Uaktsomhetsansvaret, slik det praktiseres av domstolene i dag, utløses når pasienten ikke har fått slik behandling som vanlig god praksis tilsier. I Rt-1978-482, om erstatning for sårskader etter røntgenbehandling, presiserer Høyesterett at «ikke enhver menneskelig svikt som måtte forekomme

---

<sup>41</sup> *Korsryggssmerter* (LB-2008-102426) og Ot.prp. nr. 31 (1998-99) s. 64.

<sup>42</sup> Syse (2004) s. 387.

under arbeidet med å helbrede sykdommer vil overstige den terskel hvor ansvar for uaktsomhet er på sin plass. En viss margin må det være for uhell hvor et dyktig og ansvarsbevisst personale gjør sitt beste, selv om det senere kan påvises at behandlingen ikke objektivt sett skulle ha vært gjennomført som skjedd. Særlig må dette gjelde hvor behandlingen i noen grad beror på utøvelsen av et skjønn » (s 486-87)».<sup>43</sup>

Ved skader der det foreligger informasjonssvikt kan det ikke bare vurderes om skaden har oppstått på grunn av uaktsomhet i forbindelse med selv behandlingen. Det må også ses på om det var uaktsomt av legen å ikke gi fullstendig informasjon i forkant. Burde legen visst hvilke komplikasjoner som kunne oppstå, og burde disse blitt fortalt til pasienten. Dette var et spørsmål som ble vurdert under *Nervesvulst* (Rt. 1993 s. 1169). Her ble det satt i gang behandling på bakgrunn av at en lungesvulst skulle fjernes, under operasjonen viste det seg at det var en nervesvulst. Høyesterett kom her frem at det var gitt informasjon på grunnlag av full forsvarlig diagnose

Det som taler for at det er et objektivt ansvar innenfor pasientskader er uttrykket «selv om ingen kan lastes». Culpaansvarets subjektive element er dermed ikke så relevant innenfor pasientskader som ellers i alminnelig erstatningsrett. I *Korsryggsmarter* (LB-2008-102426) legger lagmannsretten til grunn at det ikke er noe krav til subjektiv skyld, eller at noen kan klandres subjektivt sett, for at ansvar skal inntre. For å finne ut hvilke skadetyper som kan erstattes ved det objektive ansvaret må man foreta en risikoavveining. Dette vil da bli en avveining om hvem av to «uskyldige» parter som står nærmest til å bære risikoen for den begivenheten som utløste skaden.

Bestemmelser i pasientskadeloven som legger risikoen på skadevolder er f.eks teknisk svik, jf. § 2 første ledd bokstav b. Her legges risikoen på virksomheten som yter helsehjelp, siden disse har best forutsetning for å sørge for at et teknisk utstyr til enhver tid er i orden.

Selv om ansvaret inneholder objektive elementer, kan man ikke si at ansvaret er et rent objektivt ansvar. Dette fordi svikt forutsetter at det har skjedd noe som ikke skulle

---

<sup>43</sup> *Korsryggsmarter* (LB-2008-102426).



inntruffet, det er derfor et mer objektivisert ansvar. Det objektiverste erstatningsansvaret kan som Syse så fint sier det, forklares gjennom uttrykket «fault, no blame», det objektive ansvaret uttrykkes derimot med «no fault, no blame».<sup>44</sup>

Sviktbegrepet fanger også opp arbeidsgiveransvaret, da det ikke er nødvendig å knytte et uaktsomt forhold til en arbeidstaker. Det er sikker rett at det ikke er et vilkår for å få erstatning at en kan peke ut en bestemt skadevolder. Også samvirke mellom flere personer som har ledet til et uheldig resultat, kan utløse erstatning. Dette selv om ingen av dem har gjort noe som kan karakteriseres som uaktsomt. Det er ikke nødvendig å vite identiteten til den som har gjort feilen. Slik sett innebærer arbeidsgiveransvaret at arbeidsgiver har en viss risiko for svikt i organisasjonen, for eksempel når det har oppstått informasjonssvikt.<sup>45</sup> Det er viktig at pasienten skal kunne ha rimelige forventninger til helsetjenestens kvalitet. Som arbeidsgiver er det derfor viktig å ha noen gode rutiner på hvordan man sikrer at pasientene mottar den informasjon som er avgjørende, og som de har krav på. Det er ikke noen spesielle vurderinger under arbeidsgiveransvaret som skiller informasjonssvikten fra andre forhold, og faller derfor under «forhold som medfører ansvar for helsetjenesten eller helsepersonell etter alminnelige erstatningsregler» i passkl. § 2 første ledd bokstav e.

Rimelighetsregelen i passkl. § 2 tredje ledd er av stor betydning her. I de midlertidige reglene forelå det ikke noen rimelighetsregel, domstolene kunne dermed ikke tilkjenne erstatning på et rent rimelighetsgrunnlag. Departementet mente det var behov for rimelighet i de tilfeller hvor det ikke ytes erstatning på grunnlag av feil eller svikt m.v. Det ble derfor sagt at de midlertidige reglene ikke ga den tryggheten pasientene trengte i slike tilfeller, og rimelighetsregelen ble foreslått.<sup>46</sup> Det ble videre understreket at dette kun var en unntaksbestemmelse, som måtte gis en begrenset anvendelse i praksis.

Rimelighetsregelen går ut på at risikoen skal plasseres der det er mest rimelig. Det objektive ansvaret i pasientskadeloven legger risikoen for hendelige begivenheter på

---

<sup>44</sup> Syse 2004 s. 387.

<sup>45</sup> *Korsryggssmerter* (LB-2008-102426).

<sup>46</sup> Innst.O.nr.68 (2000-2001) kap: 1.1.11 Ansvarsgrunnlag.

skadevolder. Regelen kan dermed ses på som en sikkerhetsventil, når passkl. § 2 første og annet ledd ikke er oppfylt. Etter bestemmelsen vil ansvar foreligge når det har «skjedd en pasientskade som er *særlig stor* eller *særlig uventet*, og som ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere». Forarbeidene uttaler at erstatning bør ytes:

«når det ikke er rimelig at pasienten selv bærer følgene av skaden. Hvilke tilfeller som omfattes må bero på et konkret skjønn. Det er likevel grunn til å understreke at rimelighetsklausulen er en unntaksbestemmelse som må gis begrenset anvendelse i praksis. Dette anser departementet som så viktig at det er kommet direkte til uttrykk i lovteksten».<sup>47</sup>

I *Hallux valgus* (TOSLO-2009-28796) kom lagmannsretten til at skaden ikke kunne betegnes som særlig stor selv om det forelå  $\pm 1$  % for at slike komplikasjoner inntreffer ved denne type operasjoner. Grunnen til utfallet var at plagene med foten ville ha forverret seg noe over tid selv om hun ikke hadde blitt operert. Sammenholdt med at saksøkeren fra før var erklært 100 % arbeidsufør, kunne skaden derfor ikke anses som særlig stor. Lagmannsretten uttalte videre:

«Etter samlet vurdering framstår skadeomfanget alt i alt ikke som uforholdsmessig stort sett i forhold til viktigheten av inngrepet (indikasjonsstilling), inngrepets størrelse og skaderisikoen. Selv om skaden kan betegnes som særlig uventet, fremstår den etter omstendigheten ikke som utslag av en akseptabel risiko, jf. passkl. § 2 tredje ledd. Saksøker har følgelig ikke krav på erstatning i henhold til denne bestemmelsen».

Ved vurderingen av om rimelighetsregelen skal kunne benyttes er pasientens tilstand før behandling ofte avgjørende. Dersom pasienten har hatt store plager og smerter før operasjonen, vil skaden ofte ikke betegnes som «særlig stor». I *Nerveskade* (LB-2007-16311) legges pasientens lidelse før operasjonen til grunn for vurderingen. Lagmannsretten kunne likevel ikke komme til at denne skaden kunne betegnes som «særlig stor» slik som

---

<sup>47</sup> Ot.prp. nr.31 (1998-99) s. 68.

begrepet er benyttet i passkl. § 2 tredje ledd. De la også vekt på at A før operasjonen hadde en lidelse som innebar betydelige plager, og som førte til at hun var arbeidsufør.

### 3.3 Ansvarsgrunnlaget ved informasjonssvikt

#### 3.3.1 Innledning

Ved en vurdering av den akseptable risiko, skal det «legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd», jf. passkl. § 2 tredje ledd siste punktum. Ved utformingen av passkl. § 2 pekte komiteen på at denne loven først og fremst skulle ivareta pasientens behov når skaden er skjedd. Komiteen viste også til at om lag en firedel av klagene til NPE nevner mangelfull informasjon. Det er derfor viktig å innarbeide klare rutiner, slik at mangelfull informasjon ikke fører til alvorlige skader.<sup>48</sup>

Bestemmelsen må alltid sees i forhold til at pasienten har stått ovenfor et valg.<sup>49</sup> Ut i fra dette vil det derfor ikke bli gitt erstatning etter tredje ledd for diagnoseskader. At en lege ikke ser at pasienten har kreft, fortsetter behandlingen og pasienten dør, omfattes ikke.

Det sies i forarbeidene at bakgrunnen til denne bestemmelsen er at det skal legges vekt på den informasjonen som er gitt pasienten når det skal foretas en rimelighetsvurdering. Videre sies det at selv om det medisinsk måtte være riktig at pasienten må kunne se på dette som en kalkulert risiko, kan det utløse erstatningsplikt dersom pasienten ikke er tilstrekkelig informert.<sup>50</sup>

Da det er her tyngden av oppgaven ligger, vil jeg videre i oppgaven legge vekt på hvilken informasjon pasienten har rett på å få, og når pasientens rett på informasjon anses oppfylt.

---

<sup>48</sup> Innst.O.nr.68 (2000-2001) § 2 erstatning for pasienter.

<sup>49</sup> Storvik 2006.

<sup>50</sup> Ot.prp. nr.31 (1998-99) s. 91.

I norsk rett er det nå uttrykkelig fastslått i pasrl. § 4-1, første ledd at hovedregelen er at det ikke kan iverksettes medisinsk behandling uten at pasienten har gitt sitt samtykke til behandlingen. Denne hovedregelen foreligger det enighet om i alle vestlige land. Før pasrl. trådte i kraft, rådet det en viss uklarhet med hensyn til samtykkekravets rettslige forankring. Legeloven etablerte informasjonsplikt for legen, og at pasienten skulle ha en medvirkning ved behandlingen. Noe krav til samtykke fulgte ikke klart av loven. I *Nervesvulst* (Rt. 1993 s. 1169) ga Høyesterett uttrykk for at et slikt krav nødvendigvis måtte innfortolkes i legelovens bestemmelse. Høyesterett inntok også en holdning til legens informasjonsplikt etter legeloven som klart forutsatte at det gjaldt et krav om samtykke, dette stod i sterk kontrast til uttalelsene i forarbeidene.

Kravet om samtykke til medisinsk inngrep kan bygges på to lovgrunnlag i norsk rett, pasrl. § 4-1 første ledd og strl. § 235 første ledd, jf. §§ 228 f. Det avgjørende i denne oppgaven er om legen fullt ut har oppfylt sin informasjonsplikt ovenfor pasienten. Her vil derfor vurderingen bli knyttet opp mot pasientrettighetsloven, da det er i denne loven vi finner den strengeste regelen.

Informasjonsplikten knyttes til to forhold: informasjon om pasientens medisinske tilstand («helsetilstand»), og opplysninger om «innholdet i helsehjelpen», jf. pasrl. §§ 3-2 første ledd og 4-1 første ledd andre punktum. Legen har plikt til å informere pasientene, jf. ordet ”skal” i lovtekstene i pasrl. §§ 3-2 og 4-1.

Informasjonssvikt påberopes ofte når noe går galt under en behandling/operasjon. Pasienten oppdager da at han kanskje har fått for dårlig informasjon, eller det viser seg at det var noe pasienten på forkant ikke hadde forstått. Det blir ofte sagt i rettspraksis at pasienten ville gjennomgått behandlingen selv om han visste risikoen. Dette er ofte også avgjørende når man skal se på erstatningsgrunnlaget. Det kan vel sies å være riktig at pasienten hadde valgt å gjennomgå behandlingen dersom risikoen for komplikasjoner er minimal mens behandlingen vil hjelpe betydelig dersom alt går bra. Men hva med de behandlingene der

det er stor risiko for komplikasjoner, og der det ikke er sikkert at behandlingen hjelper? Er det da riktig å si at pasienten ville ha valgt å gjennomføre behandlingen?

### 3.3.2 «Akseptabel risiko»

I de midlertidige reglene for passkl. forelå det et unntak i § 3 bokstav a, unntaket omhandlet *akseptabel risiko*. Etter denne bestemmelsen skulle det ikke ytes erstatning hvor «skaden er en følge av en risiko ved undersøkelse, diagnostikk eller behandling som er kjent og som ut fra den medisinske kunnskap på skadetidspunktet må aksepteres».<sup>51</sup>

På side 24 i notatet ble det understreket at «ved sjeldne, men alvorlige skader, som står i sterkt misforhold til størrelsen på inngrepet og sykdommens art, jfr. § 3 bokstav a, kan man ikke si at det foreligger en risiko som må aksepteres ut fra den medisinske kunnskap på skadetidspunktet». Denne bestemmelsen tar sikte på å gi erstatning hvor skaden står i misforhold til det man ut fra virkeligheten av inngrepet kan anses som akseptabel. Videre at sannsynligheten for at skade skal inntre og skadens størrelse anses akseptabel for den som rammes.

Det var tilstrekkelig at det kun var kjent for helsepersonellet, det var ikke noe krav til at pasienten kjente til risikoen. Lødruputvalget viser videre på side 39 til at unntaket i § 3 bokstav a for det første må virke kumulativt med unntaket i § 3 d, slik at det bare kommer til anvendelse dersom den aktuelle behandlingen er adekvat. Videre vises det til at det er virkeligheten av inngrepet (indikasjonsstilling), skadehyppighet og skadens omfang som er viktige momenter når man skal avgjøre om en risiko er akseptabel. At en operasjon etterlater et arr, gir således normalt ikke grunnlag for (men)erstatning. Dette gjelder bare de *normale og akseptable skadefølger*.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> NOU 1992:6 s. 38.

<sup>52</sup> Ot.prp.nr.31 (1998-99) s. 17.

Resultatet av denne vurdering blir: at jo mer sjelden en risiko fører til skade, jo større er mulighetene til å få medhold i erstatningskrav. Dette så lenge det ikke dreier seg om en bagatellmessig skade.<sup>53</sup>

Unntakene i § 3 kunne ikke benyttes dersom det var utvist uaktsomhet. Dette kom ikke direkte frem av reglene, men fremgår av arbeidsgruppens notat.<sup>54</sup> Er en skade ikke akseptabel, skal det etter *nemndas* praksis ytes erstatning uansett om et av de andre ansvarsunntakene i § 3 får anvendelse. Dette er i strid med ordlyden, ved en slik bruk gjør man på sett og vis bokstav a til et eget ansvarsgrunnlag.<sup>55</sup>

Den akseptable risiko er nå innbakt i passkl. § 2 tredje ledd, i forarbeidene sies det at lovens § 2 tredje ledd inneholder bestemmelsen som svarer til reglenes § 3 a, men fanger også opp noen tilfeller hvor det tidligere ble gitt erstatning på billighetsgrunnlag.<sup>56</sup> Det blir i tredje ledd sagt at en pasient har rett på erstatning så lenge det ikke er en risiko som pasienten må akseptere. Dette er det noe som kommer til uttrykk i *Angiografi* (Rt. 2006 s 1217):

«Den nye loven har en annen oppbygging enn den midlertidige ordningen, men det synes å gå fremgå av forarbeidene at de grunnleggende trekk ved de midlertidige regler er videreført, jf. Ot.prp.nr.31 (1998-1999) side 67-68 og s.90» (avsnitt 33).

I *Angiografi* uttalte førstvoterende at selv om skadene hver for seg - og særlig i kombinasjon - er sjeldne, er begge skadene (disseksjon og nerveskade) godt kjente komplikasjoner i forbindelse med angiografi<sup>57</sup> og hjerteroperasjon. Videre uttaler han at:

---

<sup>53</sup> NOU 1992:6 s. 38.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Ot.prp.nr.31 (1998-99) s. 17.

<sup>56</sup> Ot.prp.nr.31 (1998-99) s. 67-69 og s. 91.

<sup>57</sup> Angiografi = røntgenundersøkelse av blod- el. lymfekar som er fylt med kontrastmiddel så de trer frem på bildet, Nylenna 2010.

«Det kan sies å være atypiske skader A har pådratt seg. Selv om de forekommer sjelden i kombinasjon, dreier det seg om skader som må anses for påregnelige ved hjerterbehandling. Sammenholdt med den livsnødige hjerteroperasjonen, er hans skade etter mitt syn utslag av en risiko som må aksepteres, jf. Regelens § 3 bokstav a» (avsnitt 46).

Hvis vi ser på *Nerveskade* (LB-2007-16311) som er en sak etter at pasientskadeloven regler trådte i kraft, ser vi at det ikke er store forskjeller på hvordan drøftelsen blir utformet. Her legger lagmannsretten til grunn at skaden ikke var særlig uventet. Det vises til at det foreligger en viss risiko for nerveskader ved innsetting av hofteproteser, anslagsvis 1-2 %. Lagmannsretten kommer derfor til at objektivt sett kan skaden ikke anses som uventet.

Ved å lete etter forskjeller mellom dommene før og etter passkl. trådte i kraft, vil vi se at en forskjell er viktigheten av informasjon. Informasjon har fått en betydelig større plass i drøftelsen om en risiko kan anses uventet eller ikke. Dette er en følge av at pasrl. trådte i kraft, og lovfestet pasienters rett på informasjon. Samt at passkl. satte dette som et krav etter passkl. § 2 tredje ledd. Informasjonssvikten ble ikke utslagsgivende i *Nerveskade*, da lagmannsretten etter dette kom frem til at kravet om erstatning heller ikke kan føre frem etter passkl. § 2 tredje ledd. Lagmannsretten legger her til grunn at A ikke ble informert om risikoen for nerveskade, men finner ikke at den manglende informasjonen er av avgjørende betydning for vurderingen av om skaden kan anses som særlig uventet. De peker her blant annet på at A burde generelt være kjent med at det forelå en risiko for komplikasjoner ved en operasjon av det omfang det her er tale om.

En annen dom der informasjonssvikten er tillagt vesentlig vekt ved rimelighetsregelen i tredje ledd er *Isjias i strekk* (TOSLO-2005-146707), her får saksøker medhold i at passkl. § 2 tredje ledd kommer til anvendelse.

«Det er mangelen på informasjon om risikoelementene som særlig gjør at retten mener unntaksbestemmelsen i § 2, tredje ledd kommer til anvendelse. Informasjonsplikten er så vesentlig at unnlatelse av å overholde denne teller tungt i rettens vurdering..... Sammenfatningsvis finner retten at skaden på isjiasnerven til saksøker er særlig stor fordi hun nå er avhengig av krykke, gåstol og har

fått dropfot<sup>58</sup> og er særlig uventet fordi nær 95 % av lignende operasjoner forløper seg uten komplikasjoner».

Ut fra det som er nevnt i dette avsnitt kan vi si at kravet til akseptabel risiko fremdeles er avgjørende under en vurdering om det foreligger erstatningsgrunnlag. Dette fordi det ikke gis erstatning ved en skade som ikke kan anses som særlig stor eller særlig uventet, og som ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere. Passkl. § 2 tredje ledd har dermed ikke åpnet for erstatningsmuligheter hvor de midlertidige reglene avslo erstatning. Den store forskjellen er derfor at det i passkl. § 2 tredje ledd skal legges vekt på informasjonen, noe som gjør at informasjonsretten til pasienten er blitt fremhevet. Dette kommer av at informasjonsretten ble betydelig sterkere etter pasrl. § 3-2.

### 3.3.3 Informasjon før oppstarten av en behandling

Det er viktig at pasienten før en behandling får informasjon om hva utfallet kan bli dersom ikke alt går som det skal. Dette slik at pasienten kan være sikker på at det er denne behandlingen han ønsker å gjennomføre. Det er viktig for pasienten å kunne få muligheten til å veie for og imot argumenter opp i mot hverandre, slik at pasienten får vurdert de mulighetene han har. Dette følger av pasrl. § 3-2 første ledd annet punktum, som sier at pasienten skal få opplysninger om «*mulige risikoer og bivirkninger*».

I lovgivning som omhandler spesielle behandlingsformer eller inngrep, som for eksempel abortloven, transplantasjonsloven og steriliseringsloven er informasjonsplikten i alle lovene knyttet til to forhold: informasjon om selve inngrepet, og de eventuelle forventede og mulige følger.

---

<sup>58</sup> Dropfot = lammelse av muskler i leggen og fot, forårsaket av skade eller trykk på nervus fibularis, oftest like nedenfor kneleddet, forårsaket av for eksempel gips på leggen, Nylenna 2010.



Videre blir spørsmålet i hvilken utstrekning man skal gi informasjon om utilsiktet skade. Sannsynligheten for at en skade vil kunne inntre vil her være av stor betydning. I forarbeidene, jf. ovenfor, er det uttrykkelig sagt «mulige» risikoer og bivirkninger. Man kan ikke på forhånd av en behandling vite med 100 % sikkerhet hvordan behandlingen vil utarte seg. Pasienten må derfor få informasjon om mulige problemer som kan inntreffe under behandlingen. Etter *Nervesvulst* (Rt. 1993 s. 1169) må det anses som uaktsomt å ikke informere om overveiende sannsynlig skadefølger, altså skadefølger som det er mer sannsynlig at vil inntreffe enn at de ikke vil inntreffe.

Det går likevel en grense. Legen bør informere pasientene om en risiko over 1 %, mens et tilsvarende krav ikke nødvendigvis kan stilles når risikoen er under 1 %.<sup>59</sup> Et eksempel hvor denne plikten ble brutt er *Cauda equina* (Rt. 1998 s. 1538). Her fikk ikke pasienten informasjon om risikoen for irritasjon av cauda equina<sup>60</sup> og konsekvensene av dette. En dom av nyere tid er *Isjias i strekk* (TOSLO-2005-146707), her ble det tilkjent erstatning da pasienten ikke hadde blitt informert om følgene av at hun i ung alder var hofteoperert. Da hun senere skulle ha en ny operasjon for å få benlengden korrigert, ble det ikke gitt noen informasjon om at den tidligere hofteoperasjonen kunne øke risikoen for uheldige følger. Det var mangelen på informasjon om risikoelementene som avgjorde at retten mente at unntaksbestemmelsen i passkl. § 2 tredje ledd kom til anvendelse.

I *Nervesvulst* (Rt. 1993 s. 1169) har Høyesterett uttalt at det må være rom for skjønn fra legens side med tanke på hvilken informasjon som skal gis i det enkelte tilfellet. Høyesterett poengterer at pasienten har krav på, og derfor må få informasjon som ikke utelater risikomomenter som behandlingen er forbundet med. Risikomomenter kan være risiko for forverring av grunnsykdommen dersom han avstår fra behandling. Videre vises det til at dette er «særlig viktig» i tilfeller der pasienten har valgmuligheter.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Ot.prp. nr.12 (1998-99) s. 70.

<sup>60</sup> Cauda equina = «hestehalen», benevnelse på samlingen av nerver (nerverøtter) som passerer langs ryggmargen i spiralkanalen, ned forbi ryggmargens nedre ende ved andre lendevirvel, for så å fortsette ut av kroppen ved ulike virvler, Nylenna 2010.

<sup>61</sup> *Prolaps* (LA-2007-48909).

Det er dermed mulig å sette en grense for hvilken informasjon som skal gis pasienten. Enten man setter grensen ved risikoer under 1 % eller avgrenser informasjonen ved skjønn, kommer man ikke utenfor at informasjon før en behandling er viktig for pasienten.

### 3.3.3.1 Kravet til samtykke

Samtykke kan ses på som en «hjemmel» for å kunne gjøre «inngrep», jf. det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet. Det kreves etter dette prinsippet en hjemmel for å gjøre et inngrep dersom ingen andre kompetansegrunnlag foreligger, et slikt grunnlag kan være å utføre nødhjelp.

Autonomi går ut på at mennesket har kompetanse til å gjøre egne valg, dette er noe samtykkekravet viser til. Mennesket skal selv bestemme om de ønsker å gjennomgå en behandling/operasjon eller ikke. Siri Gullstad har definert begrepet autonomi som «det å fremføre sine intensjoner direkte i samspill med andre situasjoner der ens egne interesser står på spill».<sup>62</sup>

Krav om informasjon inngår i kravet om samtykke, som en forutsetning for samtykkets gyldighet. Spørsmålet er om det er tilstrekkelig at informasjonen er gitt, eller er man avhengig av at pasienten har forstått den informasjonen som er gitt. Her må det foretas en tolkning av samtykket, da det her vil fremkomme uklarheter om hva pasienten har samtykket til. Samtykket kan gå på skaderesultatet eller på risikoen for skade. Her må man se på om det var naturlig og nærliggende for skadelidtes side å tro at slik skade ville skje, ut fra den situasjonen hans samtykkedisposisjon refererer til. Denne situasjonen vil som regel være avhengig av den informasjon eller innsikt skadelidte har om skaderisikoen.<sup>63</sup> Høyesterett understreker i *Nervesvulst* (Rt. 1993 s. 1169) at legens opplysningsplikt etter

---

<sup>62</sup> Kjønstad 2007 s. 41.

<sup>63</sup> Nygaard 2007 s. 307.

legeloven § 25 tredje ledd «henger sammen med pasientens rett til å bestemme over eget legeme» (s. 1174). De understreker også prinsippet om at behandling skal bygge på et samtykke basert på tilstrekkelig informasjon:

«Det er et grunnleggende krav at det må forligge samtykke fra pasienten før legebehandling, såfremt det ikke foreligger nødstilstand eller andre særlige omstendigheter. Et slikt samtykke forutsetter at pasienten har tilstrekkelig oversikt over formålet med behandlingen, sannsynligheten for at den vil gi den tilsiktede virkning, og hvilke komplikasjoner og bivirkninger som vil kunne oppstå» (s. 1174).

Dommen statuerer en nedre grense for hvilke beslutninger som er overlatt til legens skjønn alene, og slik dommen går frem må den forstås slik at legen ikke i noe tilfelle kan frata pasienten sin egen råderett over egen kropp.

«Lidz (1984) har fremstilt betingelsene for et informert samtykke i en formelform. For at en gyldig viljeserklæring om å motta eller nekte behandling skal kunne avgis, må følgende være oppfylt:

$$\begin{array}{ccccc} C & + & I & \rightarrow & U \\ U & + & V & \rightarrow & D \end{array}$$

C står for tilstrekkelige personlige forutsetninger (Competency), I står for adekvat informasjonstilgang (Information disclosure), U for personens forståelse (Understanding) og V for frivilligheten (Voluntariness). Først når U + V foreligger, kan selve D (Decision) bli fattet i henhold til standarden, enten D går ut på å motta eller avslå det aktuelle behandlingstilbudet».<sup>64</sup>

Selv om en pasient har mottatt informasjon om risikofaktorer, kan han ha krav på erstatning. Dersom det er snakk om «svikt» i behandlingen, kan man ikke se på samtykke som et automatisk avkall på erstatning. Samtykket gjelder da inngrepet og den risikoen som følger med inngrepet, men er ikke et avkall på erstatning dersom det skjer en «svikt».<sup>65</sup>

Samtykke gjelder med dette de risikoer og bivirkninger pasienten er gitt informasjon om, dette følger av de retningslinjene legene må følge for å kunne starte en behandling. For at

---

<sup>64</sup> Syse 2009 s. 297.

<sup>65</sup> Lødrup/Kjelland 2009 s. 276.

legen skal kunne starte en behandling må pasienten samtykke, og for at pasienten skal kunne samtykke må legen informere.

Aasen har uttalt at ut fra høyesterettsdommene *Nervesvulst* (Rt. 1993 s. 1169) og *Cauda equina* (Rt. 1998 s. 1538), bestemmelsene i parl. § 4-1 første ledd, jf. § 3-2, samt den nye pasientskadeloven, er det ikke lenger tvil om at krenkelse av kravet om informert samtykke kan medføre erstatningskrav på lik linje som krenkelse av kravet om forsvarlig behandling.<sup>66</sup>

Informert samtykke er med dette en viktig rettighet en pasient har. Dette fordi de får muligheten til å medvirke til hvilke behandlinger de ønsker å gjennomføre. De får også en mulighet til å velge hvilke risikoer de ønsker å ta.

### 3.3.3.2 Unntak fra samtykkekravet

I noen tilfeller i den medisinske hverdagen vil det ofte kunne forekomme situasjoner der hovedregelen om samtykke er vanskelig eller umulig å opprettholde, dette kan være på grunn av at pasienten er bevisstløs, i sjokktilstand, i akutt livsfare eller lignende.

Det finnes i psykisk helsevern, smittevernloven og lignende, unntak fra den norske rett om forbud mot tvang, frihetsberøvelse og legemskrenkelser uten samtykke. Disse særlovene er ikke av betydning i denne oppgaven, bestemmelser av betydning her er hlspl. § 7 om øyeblikkelig hjelp hvor det i første ledd står: «helsepersonell skal straks gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig». Helseplikten avhenger av helsearbeiderens kvalifikasjoner, jf. formuleringen «den helsehjelp de evner».<sup>67</sup> Når plikten inntreffer beror på en objektiv vurdering, jf. formuleringen «det må antas». Videre inneholder også hlspl. § 7 første ledd bestemmelser som gir helsepersonell plikt til å iverksette

---

<sup>66</sup> Aasen 2002 s. 229.

<sup>67</sup> Ot.prp. nr.13 (1998-99) s. 219.

øyeblikkelig hjelp, selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, eller motsetter seg behandling, jf. «Med de begrensinger som følger av pasientrettighetsloven § 4-9, skal nødvendig helsehjelp gis selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen».

Det presiseres i forarbeidene at bestemmelsen om øyeblikkelig hjelp «er ment til å fange opp situasjoner som krever livreddende innsats, og innsats for å avverge alvorlig helseskade for å hjelpe pasienten ut av en akutt situasjon». I tillegg har vi lov om spesialisthelsetjenesten m.m.<sup>68</sup> § 3-1.

Når det gjelder forholdet mellom pasrl. § 4-1 og hlspl. § 7 første ledd kreves det for å kunne unngå pasrl. § 4-1 at «det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke». I hlspl. § 7 første ledd finner vi nettopp en lovhjemmel som begrenser rekkevidden til pasrl. § 4-1, vilkåret som etter § 7 må være er «*påtrengende nødvendig*». Påtrengende nødvendig omfatter klart nok ikke bare situasjoner der pasienten står i fare for å miste liv, det må også regnes som å omfatte situasjoner der pasienten står i fare for å få alvorlig helseskade. Etter forarbeidene skal det legges vekt på om «det er fare for liv eller fare for alvorlig forverring av en helsetilstand».<sup>69</sup> Videre følger det at det som et alminnelig utgangspunkt må kreves at det «oppstår et akutt behov for undersøkelse og behandling».<sup>70</sup> Hva som kan regnes som akutte tilfeller er «undersøkelse og behandling for å gjenopprette og/eller vedlikeholde vitale funksjoner, eller for å hindre og/eller begrense alvorlig funksjons nedsettelse som følge av skade eller sykdom».<sup>71</sup>

I *Tvangsmessig stell* (LB-2009-74856) var det en pasient som motsatte seg skift av bandasjer og annet stell, men sykehjemmet utførte stell til tross for at pasienten motsatte seg det. Lagmannsretten gikk her gjennom mange grunnlag for hvorfor sykehjemmet kunne utføre denne type stell selv om pasienten motsatte seg det. For det første legger de til grunn

---

<sup>68</sup> Lov om spesialisthelsetjenesten m.m av 2. juli 1999 nr. 61.

<sup>69</sup> Ot.prp. nr.13 (1998-99) s. 219.

<sup>70</sup> Ot.prp. nr.13 (1998-99) s. 52.

<sup>71</sup> Ot.prp. nr.13 (1998-99) s. 135.

at det forelå betydelige luktplager ved sårene, og at denne plagen økte ved utsettelse av stell. Videre legger de til grunn at det forlå vitner som fortalte om den «uutholdelige» lukten som kom av at klær og sengetøy som var tilgriset i gammel avføring. Denne avføringen skapte risiko for at tarmbakterier kom i kontakt med pasientens sår, altså en forverring av sårene. Videre måtte samtykke om opphold på sykehjemmet innebære samtykke til stell og pleie av den karakter som saken gjelder. Tilslutt påpeker lagmannretten at unnlatelse av stell og pleie som det i denne saken er tale om, kunne føre til at As helt primære omsorgsbehov ikke kunne ivaretas. Dette kunne videre føre til at As liv ble satt i fare. Dersom det skulle gå så langt som dette, ville det foreligge plikt til å gripe inn etter hlspl. § 7. Videre legger lagmannsretten til grunn at pasientens samtykke til innleggelse i sykehjemmet også måtte ses på en aksept til at sykehjemmet foretar enkelte handlinger som må defineres som tvang. Dette også uten at man må vente til at utviklingen er kommet så langt at hlspl. § 7 direkte kommer til anvendelse.

Pasienten rett til å motsette seg behandling gjelder i utgangspunktet ikke situasjoner som faller innenfor hlspl. § 7, altså der helsehjelpen antas å være påtrengende nødvendig. Det må her foretas en vurdering mellom helsepersonaleets plikt og pasientens rett, det er da avgjørende hvilke inngrep det er snakk om. Er det et enkeltstående, mindre inngrep har en person ikke rett til å motsette seg behandling dersom den er påtrengende nødvendig for å redde vedkommendes liv. En annen situasjon som kan forekomme er hvor det er snakk om et lite inngrep eller små behandlingsrutiner, men som stadig må gjentas. Her vil pasienten ikke kunne motsette seg behandling så lenge det er påtrengende nødvendig, de små inngrepene må derfor kunne gjentas så lenge vilkåret er oppfylt. Dersom vilkåret ikke lenger er til stede kan pasienten velge å ikke fortsette med de små inngrepene eller behandlingsrutinene. Retten og plikten til å gi behandling mot pasientens vilje opphører derfor når inngrepet får karakter av å representere tvang ovenfor pasienten.

Dette er et snevert unntak, slik at det er få tilfeller som faller utenfor hovedregelen om at pasienten skal samtykke.

### 3.3.4 Informasjon etter en behandling er utført

Etter en behandling er ferdig er det flere rutiner en pasient må få informasjon om for at behandlingen skal leges best mulig, uten noen varige men. Ofte vil det være bruk av medikamenter som skal tas på spesielle måter for best virkning. Ved brudd kan det være at man ikke skal belaste legemet der bruddet forligger. Det kan være viktig informasjon som kan være avgjørende for at behandlingen skal leges best mulig, og at sjansen for varige men reduseres. Det kan også være avgjørende for hvor lang tid man må bruke for at bruddet eller operasjonen skal leges.

Et eksempel her er PSN-2005-164, det fremgår ikke av journalen at han under kontroll i november 1999 ble informert om at han ikke var helbredet for kreftsykdommen, dette kan det derfor ikke regnes med at de hadde kjennskap til. Pasienten døde 6. mars 2000 av kreftsykdommen. Etterlatte mente at pasienten gikk glipp av videre behandling som cellebehandling pga at de ikke fikk nok informasjon om sykdommen til pasienten.

*«Nemnda vil bemerke at det er kritikkverdig at pasienten og de pårørende ikke ble grundigere informert om sykdommen og risikoen for tilbakefall. Dette har imidlertid ikke hatt betydning vedr. valg av behandling. Rent teoretisk kunne cellegiftbehandling ha vært iverksatt, men denne behandlingen ville mest sannsynlig ikke vært helbredende. Det vises også til at pasientens alder og hjerte-/ lungeproblemer ville vært relative kontraindikasjoner, samt at behandlingen kan medføre til dels betydelige bivirkninger og i verste fall forkorte en forventet livslengde. Det legges etter dette til grunn at det ikke foreligger en fysisk skade som følge av sykehusets behandling, jf de midlertidige reglenes § 2».*

I avgjørelsen til *nemnda* ser man at det er mange momenter som er med på den endelige avgjørelsen. Her kommer man til at det er kritikkverdig at pasienten ikke fikk bedre informasjon angående sin sykdom, men på grunn av pasientens alder og hjerte-/lungeproblemer ville ikke informasjonen hatt noen stor betydning på valget av behandling.

Man kan ut i fra dette tilfellet se at dette gir samme utfall som ved et hypotetisk samtykke, altså at de ikke ville valgt noen annen behandling selv om informasjon var gitt.

Det er også viktig at pasienter ved utskriving fra et pasientopphold får informasjon om familieforhold som er avgjørende for om en person er syk eller ikke. Mangel på slik informasjon forelå da det ble gitt informasjon om at barnet hadde en hudsykdom der det kreves at begge foreldrene er bærere. Det ble aldri gitt informasjon om at faren ikke var bærer av hudsykdommen, og at han derfor heller ikke kunne være barnets biologiske far. *Nemnda* kom i PSN-2005-764 til at saksøker hadde krav på erstatning, noe NPE hadde avslått i sitt vedtak. *Nemnda* kom her til at det forelå en uaktsom informasjonsunnlattelse. *Nemnda* legger her til grunn at erstatningssøkeren gikk i om lag to år og trodde han var bærer av en potensielt dødelig hudsykdom. Dette kom frem da erstatningssøkeren tok en farskapstest som viste at han ikke var barnets far. *Nemnda* mener at det er den psykiske belastningen dette representerer som er avgjørende for at dette kan betegnes som en pasientskade iht. passkl. § 1.

Det er ut i fra dette like viktig at en pasient får informasjon ved endt behandling, dette fordi det kan være avgjørende for om behandlingen får et godt resultat. Det er resultatet som til syvende og sist er det viktigste, ikke bare at selve operasjonen ble vellykket.

### 3.4 Årsakssammenheng ved informasjonssvikt

#### 3.4.1 Innledning

Passkl. § 1 første ledd oppstiller krav til *årsakssammenheng* ved at pasientskaden må være «voldt» i en av de nevnte situasjoner. Det kreves også at det ikke er gitt informasjon om muligheten for at en slik skade kan oppstå. En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at den stiller et krav om årsakssammenheng. Utgangspunktet for vurderingen om



årsakssammenheng er betingelseslæren,<sup>72</sup> hvor informasjonen må ha vært en nødvendig betingelse for skaden. Det som må legges til grunn er at pasienten selv med riktig informasjonen ikke ville gjennomført behandlingen, som igjen fører til at skaden ikke inntreffer. Betingelseslæren modifiseres av en «uvesentlighetsbegrensning» oppstilt i *P-pille II* (Rt.1992 s.64).<sup>73</sup> P-pille II klargjorde innholdet i den modifiserte hovedårsakslæren og dens forhold til betingelseslæren. Videre presiserte den at norsk erstatningsrett ikke bygger på en tradisjonell hovedårsakslære.<sup>74</sup> Uvesentlighetsbegrensningen går ut på at betingelsen er nødvendig når den har vært så vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den. Det gjøres derfor «unntak der ansvarshendelsen har ytet et *minimalt bidrag* til skaden»,<sup>75</sup> og på denne måten faller «uvesentlige» årsaker ut.

Betingelseslæren kan igjen presiseres ut fra to hovedmetoder: eliminasjonsmetoden og substitusjonsmetoden. Eliminasjonsmetoden går ut på å se bort i fra årsaksfaktoren, noe som man også gjør ved substitusjonsmetoden. Forskjellen mellom metodene er at eliminasjonsmetoden «bare anviser selve eliminasjonen, ikke den etterfølgende gjensettingen av et alternativt begivenhetsforløp».<sup>76</sup> Metoden som er avgjørende her er substitusjonsmetoden. Her tenker man bort den påståtte årsaken, for så å «fylle ut», substituere den borttenkte delen av årsaksbildet med et alternativt begivenhetsforløp.<sup>77</sup> Denne kan illustreres med skader som følger av informasjonssvikt, altså en unnlattelse.

Hypotetisk samtykke er et viktig tema under årsakssammenheng ved informasjonssvikt, dette kommer jeg nærmere inn på under pkt 3.4.2. Spørsmålet blir derfor om pasienten ville gjennomgått behandlingen ved at riktig informasjon ble gitt. Hvis pasienten hadde gjennomgått behandlingen foreligger det ikke årsakssammenheng mellom skaden og behandlingen.

---

<sup>72</sup> Fastslått i *P-pille II* (Rt. 1992 s. 64) og stadfestet i *Pseudoanfall* (Rt. 2007 s. 158 og *Schizofreni* (Rt. 2007 s. 172). Den har også støtte i teorien, jf. Nygaard 2007 s. 323 f. og Lødrup/Kjelland 2009 s. 329 f.

<sup>73</sup> Se Kjelland 2007 s. 57 f. og Lødrup/Kjelland (2009) s. 331-333.

<sup>74</sup> Kjelland 2008 s. 100 f.

<sup>75</sup> Kjelland 2007 s. 57.

<sup>76</sup> Kjelland 2008 s. 116.

<sup>77</sup> Ibid.

Dersom det ikke er gitt tilstrekkelig informasjon etter en behandling, kan det kreves erstatning. Vilåret vil da være at skaden kom som følge av at pasienten ikke fikk informasjon. Hvis pasienten ikke ville valgt å handle annerledes selv med informasjon, vil det ikke foreligge årsakssammenheng. Dette er det lagt til grunn i PSN-2005-164 nevnt ovenfor.

Syse nevner her at Nyggard og Rasmussen hevder at de nye informasjonspliktene i pasrl. § 3-2 må føre til at informasjonssvikt i seg selv vil kunne gi rett til erstatning. Noe Syse selv stiller seg tvilende til. Dette fordi informasjonssvikt er et moment som skal medtas etter unntaksregelen i passkl. § 2 tredje ledd. Han mener videre at dette spørsmålet må avgjøres av domstolene før en kan forvente at praksis endrer seg.<sup>78</sup> Det vil da si at NPE og *nemnda* kan benytte denne praksis frem til at en domstol dømmer i en annen retning.

Årsakssammenhengsvurderingen er blitt diskutert av flere, og det er reist spørsmål om årsakskravet i forbindelse med mangelfull informasjon bør objektiviseres. Dette er noe Henriette Sindig Aasen taler for. Hun baserer årsakskravet på to alternativer: Det første alternativet går ut på at «årsakskravet er oppfylt dersom skaden kan tilbakeføres til selve gjennomføringen av behandlingen, som jo er urettmessig fordi pasienten ikke har avgitt et gyldig samtykke til den. Da informasjon må være gitt for at et samtykke kan anses gyldig».<sup>79</sup> Det andre alternativet går ut på at «årsakskravet er oppfylt dersom skaden foruten å kunne tilbakeføres til selve behandlingen, også må kunne sies å være forårsaket av enten legens unnlattelse av å innhente samtykke til det skadevoldende inngrep, eller av legens informasjonssvikt».<sup>80</sup> Etter det første alternativet er det kun krav til at skaden kan tilbakeføres til det medisinske inngrepet. Mens det i alternativ 2 også kreves at det må kunne påvises at skaden er en følge av informasjonssvikten.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> Syse 2004 s. 399.

<sup>79</sup> Aasen 2000 s. 618-619

<sup>80</sup> Ibid.

<sup>81</sup> Ibid.

Denne teorien er ikke helt i samsvar med rettspraksis da den ikke behandler hypotetisk samtykke. Etter denne teorien er det tilstrekkelig at skaden kan tilbakeføres til legens informasjonssvikt, men etter rettspraksis må man også se på om saken ville inntruffet dersom informasjonen var gitt. Ville skaden inntruffet ved gitt informasjon foreligger det etter rettspraksis ikke årsakssammenheng, jf. *Prolaps* (LA-2007-48909) «mest sannsynlig at A ville ha valgt å lata seg operera sjølv om ho hadde fått adekvat informasjon om risikoen som låg føre ved operasjon».

Dersom årsakskravet hadde blitt objektivisert, ville man kunne unngått å måtte vurdere om det foreligger et hypotetisk samtykke. Dette hadde ført til at pasientens erstatningsrettslige vern ville blitt styrket i forhold til gjeldende rett. Ved objektivisert årsakskrav hadde det vært tilstrekkelig at pasienten var påført en skade gjennom en medisinsk behandling og at pasienten ikke hadde fått informasjon som hadde gjort det mulig for vedkommende å gi sitt samtykke.<sup>82</sup>

### 3.4.2 Hypotetisk samtykke

Praksisen om hypotetisk samtykke som er utviklet før pasientskadeloven kom i 2001 opprettholdes fremdeles hos *nemnda*. Det er ikke bare avgjørende om pasienten faktisk har fått informasjonen, men om pasienten ville latt seg behandle etter å ha fått informasjon. Ufallet av at pasienten ved informasjon ville gjennomgått behandling er at det ikke foreligger noen årsakssammenheng mellom informasjonsplikten og skaden. Pasienten har da heller ingen rett på erstatning, da årsakssammenheng er et av grunnvilkårene. Vurderingen som derfor vil være avgjørende her er om man kan legge til grunn at pasienten ville fulgt legens råd. Dersom man kommer til at pasienten ikke ville fulgt legens råd er vilkåret om årsakssammenheng oppfylt. Beviskravet for at han ikke ville fulgt rådet, er ikke strengt.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Reiersen 2004.

<sup>83</sup> Lødrup/Kjelland 2009 s. 275.

*Cauda equina* (Rt. 1998 s 1538) er en viktig dom innen informasjonssvikt, her er det gitt samtykke for behandling men det er ikke gitt fullstendig informasjon når det gjelder risikoen. Samtykket var derfor ufullstendig, da det manglet informasjon. Her var alle dommerne enige om at opplysningsplikten ikke var oppfylt, men det var uenighet om pasienten ville fulgt legens råd eller ikke. Her uttaler førstvoterende at han mener at informasjonen Dale (legen) ga var utilstrekkelig, slik at det forelå informasjonssvikt. Dette fordi pasienten ikke hadde fått informasjon om «risikoen for irritasjon av cauda equina og mulige konsekvenser av dette». I tillegg uttalte han at det mangler «informasjon om risikoen ved å gå uoperert» (s.1547). Videre uttaler han at samtykket må bero på en hypotese, ville A fulgt legens anbefalinger om operasjon dersom han hadde fått tilstrekkelig informasjon. Førstvoterende og mindretallet kom således til at pasienten ikke ville latt seg operere. Flertallet og annenvoterende kom til at pasienten ville fulgt legens råd om å la seg operere «operasjonen ville ha blitt gjennomført likevel, og informasjonen er ikke årsaken til Aa skader» (s. 1548).

Risikoen i denne dommen ble omtalt som stor, da operasjonen kunne påvirke en ung manns seksualfunksjon. Dette er noe førstvoterende har lagt vekt på. Spørsmålet blir derfor hvor stor risiko som må foreligge, da beviskravet ikke skal være strengt i slike saker, jf. ovenfor. Denne risikoen må ses på opp i mot de plagene pasienten har før en eventuell behandling, og hvilke følger som trer frem ved ikke ta å utføre behandlingen. Et eksempel på at dette er lagt til grunn i *nemnda*, er en avgjørelse avgjort i 2005. Der ble det uttrykt at det ikke var nødvendig å gå inn på om det foreligger informasjonssvikt, dette fordi *nemnda* legger til grunn at pasienten mest sannsynlig ville ha samtykket til behandlingen. Det *nemnda* legger til grunn for denne avgjørelsen er at pasienten hadde mangeårige plager. Han hadde forsøkt å jobbe 50 %, men ble sykmeldt fra desember 2002. Det er blitt forsøkt fysikalsk behandling med opptrening uten at dette førte til noen bedring, og han så derfor ingen mulighet til forbedring med konservativ behandling. Avslutningsvis viser *nemnda* til at

indikasjonen for inngrepet var klar og risikoen for den aktuelle komplikasjonen var 2-3 %.<sup>84</sup>

Pasientens mangeårige plager veies her opp i mot risikoen for at behandlingen skal gå galt og ikke virke positivt for pasienten. Ofte er det legens anbefalninger som legger grunnlaget for avgjørelsen om det foreligger informasjonssvikt. Det antas med dette at pasienten ville valgt den retningen som legen anbefaler, jf. *Cauda equina* (Rt. 1998 s. 1538).

I *Isjias i strekk* (TOSLO-2005-146707) kom Oslo tingrett til at pasienten hadde erstatningsrett på grunn av informasjonssvikt. Dette til tross for at de uttaler at det ikke skal stilles for strenge krav til sannsynliggjøringen for at A ville valgt å la seg operere. Oslo tingrett kommer frem til at unntaksbestemmelsen i passkl. § 2 tredje ledd kommer til anvendelse, dette fordi:

«informasjonsplikten er så vesentlig at unnlatelse av å overholde denne teller tungt i rettens vurdering. Retten er enig med saksøker i at om hun hadde kjent til de ulike risikoer ville hun i alle fall tenkt seg om ytterligere slik at operasjonen 24/6-2003 mest trolig ville bli utsatt. Retten er ikke enig med saksøkte i at saksøker på grunn av de plager hun slet med før operasjonen mest trolig ville godtatt operasjonen om hun var gjort kjent med faremomentene».

Det blir også poengtert i denne dommen hvor viktig det er å være tilbakeholdne med å legge til grunn et hypotetisk samtykke, da det fort kan føre til at informasjonsplikten undergraves.

Selv om det i denne dommen ikke ble lagt til grunn hypotetisk samtykke, er det i de siste dommene både i lagmannsretten og i tingretten benyttet hypotetisk samtykke. Grunnlagene er forskjellige, men hovedgrunnen er plagene pasientene hadde før operasjonen. Eksempler på dette er *Prolaps* (LA-2007-48909), her svarer retten kort at de ikke vil gå inn på om det foreligger informasjonssvikt, idet det var avgjort at A mest sannsynlig ville valgt å operere selv om hun hadde fått adekvat informasjon om risikoene. Retten legger videre til grunn at

---

<sup>84</sup> PSN-2005-439.

legen i sin informasjon ville lagt frem den lave prosentdelen en slik risiko ville utgjøre, og videre at det foreligger risikoer ved å ikke la seg operere, som risikoen for cauda equina. Videre vises det også til at pasienten hadde følt seg ganske utslitt og litt desperat med tanke på at det nå må gjøres noe videre. På grunn av pasientens ønske om at noe måtte skje og at prosenten på at risikoene ville slå inn var så lav, ble det avgjort at pasienten mest sannsynlig ville latt seg operere.

Det er flere dommer av denne typen, en dom som også er med på å vise at hypotetisk samtykke blir brukt er *Hallux valgus* (TOSLO-2009-16453). Her ble det uttalt at tatt i betraktning den grad A var plaget, ble det ikke ansett som noe alternativ å utsette, eller unngå, innsettingen av protesen. Også her som i *Prolaps* ovenfor la de stor vekt på plagene pasienten hadde før operasjonen. Det ble vist særlig til hennes egen beskrivelse av hvor ille hun hadde det forut for operasjonene, og hennes frykt for ikke å kunne ta seg av barna som aleneforsørger og muligheten for å bli rullestolbruker.

I PSN-2006-127 legges det til grunn at pasienten ville samtykket ved riktig informasjon, dette begrunnes med at pasienten hadde store og tiltagende plager med smerter i kneet. Det var et lite inngrep som vanligvis er beheftet med få komplikasjoner, og det var i dette tilfellet mangel på mulige tiltak.

Som dette avsnittet viser til er det ofte lagt til grunn et hypotetisk samtykke, dette selv om det ofte nevnes i dommene at hypotetisk samtykke skal brukes med forsiktighet. Når det legges til grunn hypotetisk samtykke vises det ofte til Cauda equina (Rt. 1998 s. 1538), selv om denne er blitt mye kritisert opp gjennom årene. Et eksempel på en som mener denne legger opp til en for streng norm er Nyggard,<sup>85</sup> har uttaler at han ville stemt med mindretallet. Dette fordi han mener at flertallet setter en for strenge krav til underbygging av hypotesen. Kjønstad har også vært kritisk til denne dommen, dette ut fra et auyonomi-perspektiv. Det er viktig «at pasienten selv får bestemme når så viktige «goder» som en ung manns potens står på spill. Men også ellers bør hovedprinsippet være

---

<sup>85</sup> Nygaard 2000 s. 526.

pasientautonomi».<sup>86</sup> Videre uttaler Kjønstad at *Cauda equina* ble avsagt før pasientrettighetsloven ble vedtatt, og den han sto ikke autonomiprinsippet så strekt i norsk helserett.<sup>87</sup>

Til tross for at hypotetisk samtykke er blitt mye kritisert i teorier, benyttes dette ofte av *nemnda* som begrunnelse for at det ikke foreligger årsakssammenheng. Førstvoterende i *Spondylolistese* (TOSLO-2006-138523) og *Reflux-plager* (TOSLO-2006-95917) viser til dette da han uttaler at retten er klar over den dissens dommen er avsagt under, og at retten videre er klar over at flertallets synspunkter til dels er kritisert i teorien.

## 4 Bevis

### 4.1 Generelt

Når det gjelder bevisregler er det sagt i forarbeidene at det er skadelidte som har byrden med å dra i gang saken. Det nevnes videre at det er saksøkeren som har bevisbyrden. Dette som følge av at dersom faktum forblir uklart, skal det ikke tilkjennes erstatning.<sup>88</sup>

«Hovedregelen i norsk rett er at pasienten har bevisbyrden både ved tvil om vilkårene etter et ansvarsgrunnlag er oppfylt, om årsakssammenheng foreligger, eller om pasienten er blitt påført skade, jf. blant annet avgjørelsene i Rt-1974-1160 (P-pilledommen- årsakssammenheng) og Rt-1980-1299 og Rt-2989-674 (årsakssammenheng og uaktsomhet)».<sup>89</sup>

Beviskravene i denne oppgaven kan i hovedsak deles i to. Det første vil være hvem som har bevisbyrden for at informasjonen er gitt, og om denne er tilstrekkelig. Da helsepersonellet har plikt til å journalføre vil denne byrden ofte falle på dem, mer om dette i pkt. 4.2 f. Det

---

<sup>86</sup> Kjønstad 2005 s. 110, jf. Syse 2000.

<sup>87</sup> Kjønstad 2005 s. 110.

<sup>88</sup> Ot.prp.nr.31 (1998-99) s. 69.

<sup>89</sup> NOU 1992:6 s. 27-29.

andre vil være hvem som har byrden for å bevise at det foreligger årsakssammenheng mellom mangelen på informasjon og skaden.

Hvor det er tvil om en behandling har medført pasientskade, har skadelidte bevisbyrden for årsakssammenheng etter vanlige bevisregler. Bevisbyrden er oppfylt hvis det er mer sannsynlig at det foreligger årsakssammenheng enn at det ikke foreligger. Dette er dels lovfestet for pasientskader i passkl. § 3.<sup>90</sup> Bevisreglen gjelder både spørsmålet om ansvarsgrunnlag foreligger, og om det er årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og skaden på pasienten.<sup>91</sup> I følge forarbeidene gjelder derfor bare årsaksleddet mellom «ansvarshendelsen og realskaden (fysisk og /eller psykisk skade), ikke i leddet mellom realskade og tapet».<sup>92</sup>

Når man ikke helt kan si hva som forårsaket skaden, heter det at «skaden sannsynligvis skyldes ytre påvirkninger på en pasient under behandlingen». Da er bevisbyrden oppfylt, og at det da «normalt.... antas at skaden skyldes en feil eller svikt ved ytelsen av helsehjelpen». Når ytre påvirkninger kan antas som «svikt», skal det legges til grunn at det er noe som har sviktet.<sup>93</sup> I forarbeidene uttrykkes det at kun er ytre påvirkninger som har skjedd under selve behandlingen som gjelder. Poenget med regelen er etter forarbeidene å «unngå vidløftige vurderinger av uklare fakta».<sup>94</sup>

Regelen kan motbevises, men det er stilt opp spesielt sterke krav til motbevisningen. Dette fører derfor til at det i slike situasjoner fører til en motsatt bevisbyrde. Det må her være en overvekt av sannsynlighet for at den ytre påvirkningen ikke skyldes en «svikt». Dette er etter forarbeidene en bevisregel som er i samsvar med *nemndas* praksis.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> Lødrup/Kjelland 2009 s. 276.

<sup>91</sup> Ot.prp.nr.31 (1998-99) s. 91.

<sup>92</sup> Lødrup/Kjelland 2009 s. 277.

<sup>93</sup> Lødrup/Kjelland 2009 s. 276.

<sup>94</sup> Ot.prp.nr.31 (1998-99) s. 91.

<sup>95</sup> Ibid.



## 4.2 Journalføring

Journalføring kan være avgjørende for en sak mot helsepersonellet etter en behandling, dette fordi det er et tungtveiende bevis å kunne legge frem journalen. Det vil da være av betydning at det i journalen står at pasienten er gitt informasjon, og hvilken informasjon som er gitt. Det følger av pasrl. § 3-5 tredje ledd at opplysninger om den informasjon som er gitt, skal nedtegnes i pasientens journal. Plikten til journalføring er utdypet i forskrift om pasientjournal § 8 første ledd bokstav i. Etter denne bestemmelsen skal journalen inneholde opplysninger om «det er gitt råd og informasjon til pasient og pårørende og hovedinnholdet i dette».

Plikten til å føre journal fremkommer også av hlspl. § 39 «*plikt til å føre journal*». Denne bestemmelsen regulerer hvem som har plikt til å journalføre og hvilke opplysninger som skal journalføres, jf. § 40. En journal betegnes som en «samling eller sammenstilling av nedtegnede/registrerte opplysninger om en pasient i forbindelse med helsehjelp». <sup>96</sup>

Journalføring skal bidra til at pasientbehandlingen skjer på et tilstrekkelig faglig fundert grunnlag. Dette begrunnes i at den informasjonen som er innhentet i forbindelse med undersøkelse, skal arkiveres forsvarlig slik at den kan benyttes ved en eventuell reinnleggelse eller en ny henvendelse.<sup>97</sup> Det er kun informasjon av betydning som skal nedtegnes i pasientjournalen.<sup>98</sup> Opplysninger som er *synsing* fra legens side eller subjektive oppfatninger og lignende skal ikke nedtegnes. Journalføring er tatt opp i denne oppgaven på grunn av at det er av betydning når det kreves erstatning at man kan gå inn i dokumentene og se om informasjonen er gitt. Manglefull journalføring som etterlater tvil om det er handlet med tilstrekkelig aktsomhet kan medføre at pasienten lettere når frem med erstatningskrav.

---

<sup>96</sup> Se forskrift om pasientjournal § 3 bokstav a.

<sup>97</sup> Befring 2000 s. 174.

<sup>98</sup> Pasientjournal: *Omfatter alle journaler som føres i alle typer virksomheter hvor det ytes helsehjelp (med unntak av apotek, jf. § 2, jf. merknader til FOR 2000-12-21-1385 § 3 bokstav a.*

*Formålet* med dokumentasjonssplikten er at det skal ivareta hensynet til behandling og oppfølging av pasienten for å kunne etterprøve helsepersonellens yrkesutøvelse.<sup>99</sup> I *Prolaps* (LA-2007-48909) er det vist til viktigheten av journalføring i forhold til reoperasjon. Det blir her uttalt at:

«Både indikasjonssituasjonen og eventuell informasjon til pasienten før operasjonen burde vore lagt betre dokumentert. Korrekt og fullstendig journalføring er ikkje berre til hjelp for pasienten og lege ved sinare eventuell helsehjelp, men er i stor grad ein føresetnad for pasientens rettmessige rettstryggleik».

Journalen har de senere tiår fått flere tilleggsfunksjoner, den ene funksjonen er som bevisgrunnlag i domstolen. Domstolene har lagt til grunn at den anses som et viktig bevismateriale der det er uenighet mellom pasient og helsepersonell om hva som faktisk har skjedd i forbindelse med en behandling.<sup>100</sup>

#### 4.2.1 Utviklingen når det gjelder kravet til god journalføring

Kravet til journalens innhold er nedskrevet i hlspl. § 40. Journalen skal føres i samsvar med *god yrkesskikk* og at det er *relevante og nødvendige* opplysninger som skal nedskrives. Det vil si relevante opplysninger om pasienten og opplysninger om behandlingen og annen helsehjelp som blir gitt pasienten. Med «relevante og nødvendige opplysninger» vises det her til opplysninger som det i den aktuelle undersøkelses- og behandlingssituasjonen er behov for å ha tilgjengelig for å kunne gjennomføre undersøkelsen og behandlingen. Journalopplysningene skal også kunne brukes for å dokumentere at helsepersonellet har handlet i samsvar med forsvarlighetskravet, jf. hlspl. § 4, og andre krav som er stilt i lov eller i medhold av lov.<sup>101</sup> Helsepersonellet har et «selvstendig ansvar for å føre journal i

---

<sup>99</sup> Befring 2000 s. 175.

<sup>100</sup> Befring 2000 s. 175.

<sup>101</sup> Ot.prp.nr.14 (2000-2001) s. 51.

samsvar med lovens og forskriftens krav, men virksomheten som sådan har ansvaret for å legge til rette for dette».<sup>102</sup>

Journalene er ingen uttømmende kilde. Som alle andre bevis er kvaliteten forskjellig, slik at journaler kan ha ulik vekt.

«Som særlig viktige fremholder Høyesterett nedtegnelser foretatt av fagfolk i tid nær opp til det forholdet som skal klarlegges. Dette kan være medisinsk dokumentasjon av funn og symptomer som skadelidte hadde ved undersøkelse og/eller behandling. Mottatt har det svakere bevisverdi når skadelidtes opplysninger til legen refererer til et vesentlig tidligere tidspunkt enn da konsultasjonen ble foretatts».<sup>103</sup>

Det må derfor på et hvert tidspunkt konkret vurderes hvilken informasjon som er relevant og hva som er nødvendige opplysninger i den konkrete saken. Dette ble poengtert i PSN-2006-479. Det vil også være av viktighet å vurdere hvilken informasjon som kan bli viktig på et senere tidspunkt. Eksempelvis ved videre behandling, eller ved at det må belyses hvilken informasjon pasienten har fått på grunn av en erstatningssak.

Kravet til legene og helseinstitusjonene når det gjelder journalføring er blitt betydelig skjerpet i dommene fra Høyesterett, et eksempel på det er *Lymfeknute* (Rt. 1981 s. 728) nevnt ovenfor. Flertallet fant det nokså uklart hvilke krav det måtte stilles til journalføring. Mindretallet la vekt på at det ikke forelå journalopplysninger som viste hvorfor inngrepet ble foretatt poliklinisk og så raskt: «Bevistvil må etter min oppfatning gå ut over sykehuset, fordi journal eller andre bevismidler som bare sykehuset kunne ha skaffet, mangler» (s. 737).

Mangelfull journalføring som etterlater seg tvil om det er handlet med tilstrekkelig aktsomhet kan medføre at pasienten lettere når frem med sitt erstatningskrav, «er journalen uklar, kan altså pasienten tenkes å vinne frem med et erstatningskrav selv om

---

<sup>102</sup> FOR-2000-12-21-1385 merknader til § 4 første ledd.

<sup>103</sup> Kjelland 2008 s. 333-334.

hendelsesforløpet ikke kan klarlegges i detalj».<sup>104</sup> Bevistvil vil dermed ramme den som hadde plikt til å føre journal og dokumentere hva som skjedde under den perioden pasienten fikk ytelse av helsehjelp.

Dette kan man også se ut ifra *Struma* (Rt. 1989 s. 674) der en mann fikk skade på stemmebåndsnerven i forbindelse med en strumaoperasjon, førstvoterende uttalte dette:

«Den bevistvil som dermed foreligger om operasjonen har vært gjennomført på en fullt forsvarlig og aktsom måte må, mener jeg, løses i disfavør av ankemotparten (sykehuset). Jeg viser til det at jeg har sagt om legejournalens bevismessige betydning. Når den sikreste kilde til viten om hva som skjedde og hva som ble gjort er taus på dette punktet anser jeg kravet til bevis for uaktsomhet som oppfylt» (s. 682).

Også i nyere tid opprettholdes kravet til journalføring i domstolene. I Oslo tingrett ble det avsagt en dom i 2005<sup>105</sup> som tok opp dette spørsmålet. Retten bygger her på at det ikke var journalført noe om informasjon til A under forundersøkelsen 24/2-2003 av dr. Svenningsen. Det er ikke journalført at det er gitt informasjon i forkant av operasjonen og pasienten opplyste selv at han ikke fikk nødvendig informasjon.

I *Nerveskade* (LB-2007-16311) ble det uttrykkelig sagt at bevistvilen av at det ikke fremkom av journalen at informasjonen var gitt, måtte løses i disfavør av staten. Det ble derfor lagt til grunn at A ikke fikk informasjon om risikoen for nerveskade før operasjonen.

*Nemndas* begrunnelser er ofte knappe, slik at det ikke alltid er mulig å se hvilken bevisbedømming som er lagt til grunn. Dette kan vi se i PSN-2007-612, der advokaten anfører at det foreligger mangelfull journalføring og at dette må få betydning for bevisbedømmelse. Dette er ikke er besvart med et ord i *nemnda*s vurdering. Det er det på det rene at *nemnda*, som Høyesterett legger stor vekt på manglende journalføring.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 14.

<sup>105</sup> *Isjas i strekk* (TOSLO-2005-146707).

<sup>106</sup> Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 18.

I PSN-2006-468 mener *nemnda* det forligger et erstatningskrav, de foretar dermed en omgjøring av NPE sitt vedtak. Dette på grunnlag av at det ikke er journalført om pasienten fikk relevant informasjon, og at pasienten klart hadde sagt i fra om at han ikke ønsket å bli omskjært. Følgen av behandlingen var at mannen ble omskjært. *Nemnda* legger til grunn at pasienten har rett til å medvirke, noe han ønsket å gjøre da han fortalte at han ikke ønsket en omskjæring. Videre legger de til grunn at pasienten skal ha nødvendig informasjon om innholdet i helsehjelpen i hht. pasrl. § 3-2. *Nemnda* uttrykker derfor at det er et svik ved utøvelsen av helsehjelpen da det er gjennomført et mer inngripende inngrep en hva man hadde blitt enig i på forkant av behandlingen. Videre uttrykker de følgende:

«De bakenforliggende hensyn for å gjøre et mer omfattende inngrep enn hva som opprinnelig var forutsetningen, er ikke angitt i journalen. Dette er i strid med regler om journalføring, jf. Helsepersonelloven § 40, jf. Journalforskriften § 8».

En annen avgjørelse som fikk gjennomslag på grunn av dårlig journalføring var en avgjørelse av *nemnda* i 2007. Her førte mangelfull journalføring til at det ble vanskelig å etterprøve de vurderinger som legevakten hadde foretatt. *Nemndas* flertall mente derfor man måtte legge til grunn pasientens egne opplysninger. Det ble da lagt til grunn at hun hadde hatt høy feber og nedsatt allmenntilstand i tre døgn da hun oppsøkte legevakten.<sup>107</sup>

For at det skal forligge et grunnlag til å kreve erstatning på grunn av mangelfull journalføring må grunnvilkårene likevel være oppfylt. Dette kan vi se i en avgjørelse av *nemnda*. Her kom de frem til at det mest sannsynlig ikke forelå årsakssammenheng, og manglende journalføring fikk dermed uansett ikke betydning.<sup>108</sup>

Det er ikke alltid mangelfull dokumentasjon kommer pasienten til gode, dette kan være fordi *nemnda* finner at retningslinjer mest sannsynlig ble opprettholdt, jf.

---

<sup>107</sup> PSN-2007-367.

<sup>108</sup> PSN-2007-772.

«Selv om det mangler dokumentasjon for hva som var bakgrunnen for at det ble anlagt episiotomi<sup>109</sup>, finner nemnda ikke holdepunkter for at dette ikke ble utført i henhold til vanlige retningslinjer. Det vises til at episiotomi er et inngrep som ofte foretas hvor det er risiko for at det vil kunne tilkomme en ukontrollert rift under fødsel. Dette er en medisinsk vurdering som foretas av fødselshjelperen i det konkrete tilfellet. Kravet til journalføring i henhold til helsepersonelloven § 40, jf. forskrift om pasientjournal synes ikke å være oppfylt i dette tilfellet. Nemnda har imidlertid ikke holdepunkter for at vurderingen av indikasjonen for å anlegge episiotomi i dette tilfellet ikke var korrekt».<sup>110</sup>

Det som følger av dette er at det har skjedd en utvikling når det gjelder journalføring. Kravet er blitt skjerpet, og dette har ført til erstatning i flere dommer. Foreligger det ikke noe i journalen som tilsier at pasienten er informert, blir utgangspunktet at informasjon ikke er gitt. Selv om journalføring er blitt skjerpet betyr ikke det at det er lett å få igjennom erstatningskrav. Det kreves fremdeles at alle vilkårene er oppfylt, og i tillegg kreves det at det foreligger årsakssammenheng mellom journalføringen og skaden.

#### 4.2.2 Journalføring av «gitt» informasjon

Spørsmålet her blir om det er nok å nedtegne i journalen at informasjonen er gitt, eller er det et krav til at pasienten forsto den informasjonen som ble gitt. Her vil pasientjournalen kunne være et verdifullt bevismiddel, da legen har plikt til å føre journal, jf. hlspl. § 39.

Etter pasrl. § 3-5 annet ledd skal helsepersonellet så langt som det er mulig undersøke om pasienten har forstått den informasjonen som er gitt, og nedtegne dette i pasientens journal, jf. tredje ledd. Det må forstås slik at det ikke er tilstrekkelig å nedtegne at informasjonen er *gitt*, da den også skal være forstått. Det er derfor viktig å journalføre de små detaljene som blir avgjørende for om pasienten har forstått informasjonen eller ikke. Et eksempel kan være responsen fra pasienten etter at informasjonen er gitt. Stilles det mange spørsmål kan

---

<sup>109</sup> Episiotomi = det samme som perinealsnitt = et klipp i den ytre åpningen av skjeden i fødselens slutfase for å forhindre brister i bekkenbunn, Nylenna 2010.

<sup>110</sup> PSN-2006-613.

det være slik at pasienten er usikker, eller det kan være at pasienten har forstått men ønsker og forsikre seg.

I følge forskrift om pasientjournal § 7 bokstav i, skal det nedtegnes i pasientjournalen om «det er gitt råd og informasjon til pasienten og pårørende, og hovedinnholdet i dette, jf. pasrl. § 3-2. Pasientens eventuelle reservasjoner mot å motta informasjon».

I forskriften er det gitt merknader til § 7 bokstav i om at den må ses i sammenheng med pasrl. § 4-1. At pasienten har fått tilstrekkelig informasjon til å kunne samtykke eller avslå den aktuelle behandling eller undersøkelse. I forskriftens § 7 bokstav j er det uttrykkelig sagt at det skal nedskrives i journalen dersom pasienten «har samtykket eller motsatt seg nærmere angitt helsehjelp».

I PSN-2007-587 kom det frem av journaldokumentene at pasienten og hennes ektefelle på forhånd ble informert både om den operative behandlingen, muligheten til forbedring og risikoen for nevrologisk forverring. På bakgrunn av journalføringen kom *nemnda* til at pasienten mest sannsynlig hadde fått tilstrekkelig informasjon på forhånd.

Av dette følger det at det ikke er tilstrekkelig at helsepersonellet har informert pasienten. Det kreves at pasienten har forstått innholdet og betydningen av informasjonen. Det er helsepersonellens jobb å kontrollere dette, så langt det lar seg gjøre.

## **5 Samlede betraktninger**

### **5.1 Oppsummering**

Jeg vil avslutte denne oppgaven med å komme med noen kommentarer om hva jeg mener om de dommene og avgjørelsene som er blitt avsagt etter praksis fra *Cauda equina* (Rt. 1998 s. 1538).

Det som kommer frem av de avgjørelser og dommer som er avsagt etter *Cauda equina* er at hypotetisk samtykke er benyttet ofte for at vilkåret om årsakssammenheng ikke anses som oppfylt. På grunn av at avgjørelsene blir avgjort ved hjelp av hypotetisk samtykke er det vanskelig å få i gjennom et erstatningssøksmål ved informasjonssvikt. Dette fordi det vil være opp til retten og *nemnda* å avgjøre hvilken behandling pasientene villa ha samtykket til å gjennomføre med riktige informasjon.

Etter undersøkelser av Asbjørn Kjønstad har Høyesterett i løpet av 1900-tallet avsagt 29 dommer i erstatningssaker. I 23 saker har legene/sykehusene fått medhold, og i 6 av sakene har pasientene fått medhold.<sup>111</sup> Før passkl. og pasrl. trådte i kraft viser dette at de fleste sakene går imot pasientenes krav om erstatning.

I 2004 ble det foretatt en evaluering av NPE, dette på grunn av den kritikken som forelå mot NPE på tidspunktet. Det ble under evalueringen ringt rundt til pasientombudene, her var det ulike erfaringer med NPE. Noen stilte spørsmålstegn til ulike sider av virksomheten til NPE, mens andre stort sett var fornøyd med måten NPE fungerer på. Saksbehandlingen var en av de punktene pasientombudene pekte på, da denne ble ansett å være lang. Mens de fleste pasientombudene ga uttrykk for at NPEs ansvarsvurderinger er i samsvar med regelverket, var det noen som mente at NPE var for streng. Dette fordi de mener at dersom NPE har medisinske uttalelser som kan tolkes både i pasientens favør og disfavør, så velger de ofte å gå i retningen mot disfavør.<sup>112</sup>

I 2008 feiret NPE 20 års jubileum, direktør Erling Breivik uttalte i denne forbindelse at intensjonen med å styrke pasientenes erstatningsrettslige vern, sikre likebehandling av alle pasientskader og oppnå større åpenhet fra helsepersonellet er oppfylt.<sup>113</sup> I 1988 var det bare en håndfull pasienter som fikk medhold, mot at det nå er rundt 1000 pasienter som får

---

<sup>111</sup> Kjønstad 2007 s. 95.

<sup>112</sup> Bøgh 2004 s. 25-26.

<sup>113</sup> [www.npe.no](http://www.npe.no) (18.04.08).



medhold hvert år. Statistikk hentet fra NPE sine sider viser at av 2989 saker i 2007 fikk 971 pasienter medhold, i 2008 fikk 878 pasienter medhold av 2442 saker. I 2009 var det til sammen 3194 saker som ble tatt opp der 1016 pasienter fikk medhold.<sup>114</sup>

I evalueringen av 2004 ble det ikke vurdert noe om NPE sin praksis om informasjonssvikt eller hypotetisk samtykke, bare at pasienter hos noen ombud mente at NPE ikke opptrådte som en nøytral tredjepart.

Det som vil være av avgjørende betydning i saker som omhandler informasjonssvikt er om de rådgivende legene føler noen forpliktelser ovenfor sine kollegaer. Dette vil være av stor betydning når de skal avgjøre om den behandlingen som ble utført anses som det rette valget. Dersom de mener legene har utført den beste behandlingen for pasientene, vil dette igjen føre til at hypotetisk samtykke kan benyttes. Dersom flere leger ville utført samme behandling, kan man se det rimelig at også pasienten ville valgt og gjennomgått behandling med riktig informasjon. I evalueringen av NPE ble det foretatt en vurdering av de rådgivende legene. Både advokater, Norsk pasientforening, flere pasientombud og enkeltpasienter har hevdet at enkelte av NPEs rådgivende leger har vist liten pasientvennlig holdning. Det vises videre til at NPE har tatt denne kritikken til følge.<sup>115</sup> Det tas også opp det at pasienter og deres advokater har reist tvil om de sakkyndiges habilitet. Dette grunnet i at norske leger innen samme spesialistgren ofte kjenner hverandre og ikke ønsker og kritisere hverandre.<sup>116</sup> NPE svarer at de konsekvent har unngått å benytte spesialister med tilknytning til det behandlingsstedet der skaden har skjedd, men kan ikke imøtekomme ønsket om å innhente uttalelser utenfor Norges grenser.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> [www.npe.no](http://www.npe.no) (29.01.10).

<sup>115</sup> Bøgh 2004 s. 30.

<sup>116</sup> Bøgh 2004 s. 31.

<sup>117</sup> Bøgh 2004 s. 32.

## 5.2 Refleksjoner

Når vi ser på de avgjørelsene som er benyttet i denne oppgaven ville jeg stilt meg bak avgjørelsen i *Isjias i strekk* (TOSLO-2005-146707), der de kommer frem at det er viktig å stille krav til hypotetisk samtykke. Dersom dette ikke blir gjort, vil informasjonsplikten bli av liten betydning. Dette da det blir lagt vekt på hva legen ville rådført pasienten til. Dersom en lege ikke ville anbefalt en behandling, ville han mest sannsynlig heller ikke gjennomført behandlingen.

Det er ikke slik at man ikke skal kunne benytte seg av hypotetisk samtykke, i dom av *Blodpropp* (LA-2007-48909) var det etter min mening riktig å legge vekt på at pasienten hadde valgt å gjennomgå operasjonen dersom informasjonen hadde blitt gitt. Her legges det da vekt på hennes egen beskrivelse av hvor ille hun hadde det forut for operasjonene, og hennes frykt for ikke å kunne ta seg av barna som aleneforsørger og muligheten for å bli rullestolbruker.

Etter min mening viser *Cauda equina* (Rt. 1998 s. 1538) til en meget streng praksis, da denne dommen ble avsagt før pasientrettighetsloven var i bruk. Mener at man med den nye lovgivningen skulle falt på det annenvoterende kom frem til i denne dommen. Dette da man må se på hva pasienten har å tape, i forhold til om sannsynligheten er stor for at operasjonen vil hjelpe. Det burde derfor blitt lagt mer vekt på journalføringen, da legene faktisk har plikt til å nedskrive om det er gitt informasjon og om pasienten forsto dette.

## 6 Referanseliste

### Litteratur

- Aasen 2000** Aasen, Henriette Sinding. *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*. Bergen: Fagforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2000.
- Aasen 2002** Aasen, Henriette Sinding. *Kravet om årsakssammenheng ved pasientskadeserstatning for informasjonssvikt*.  
Publisert i Nybrott og Odling - festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen s 225 - (FEST-2002-nn-225).
- Befring 2000** Befring, Anne Kjersti og Bente Ohnstad. *Lov om helsepersonell*. Bergen: Fagforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2000.
- Buchanan 1978** Buchanan, Allen. *Medical Paternalism, i philosophy & Public Affairs*, vol. 7 1978. Princeton University Press, 1978.
- Bøgh 2004** Bøgh, Peter; Hogne Tellnes og Ragnhild Castberg. *Evaluering av Norsk Pasientskadeerstatning, Fase 2*.  
Rapport utgitt av Statskonsult 2004 nr.4.
- Kjelland 2007** Kjelland, Morten. *Kapittel 3: Årsakssammenheng. I: Personskadeoppgjør*. Sandvika: BI Forsikringsakademiet, 2007, s. 43–94.

- Kjelland 2008** Kjelland, Morten. *Særlig sårbarhet i personskadeerstatningsretten: en analyse av generelle og spesielle årsaksregler*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2008.
- Kjønstad 2005** Kjønstad, Asbjørn. *En modell for culpavurderingen*. Publisert i tidsskrift for erstatningsrett nr. 2 2005 s. 87 - (TFE-2005-87).
- Kjønstad 2007** Kjønstad, Asbjørn. *Helserett*. 2.utg, 2007. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2007.
- Kringlen 2006** Kringlen, Einar og Arnstein Finset. *Den kliniske samtalen – kommunikasjon og pasientbehandling*. 2. utg. 2006 Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2006.
- Lødrup/Kjelland 2009** Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utg. 2009 Med bistand av Morten Kjelland. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2009.
- Nygaard 2000** Nygaard, Nils: *Plassering av tvilsrisiko for hypotetisk årsak*. Publisert i Lov og Rett s. 515 – (LOR-2000-515).
- Nygaard 2007** Nygaard, Nils. *Skade og ansvar*. 6. utg. Bergen: Universitetsforlaget AS, 2007.
- Nylenna 2010** Nylenna, Magne: *Medisinsk ordbok på nett* 2010. [www.ordnett.no](http://www.ordnett.no).

- Reiersen 2004** Reiersen, Nina: *Ny lov om pasientskadeerstatning, særlig om private helsetjenester*. Publisert i tidsskrift for erstatningsrett 2004 s. 123 - (TFE-2004-123).
- Storvik 2006** Storvik, Jan. *Erstatning ved feildiagnose en kommentar I*: Tidsskrift i erstatningsrett (2006) Nr. 1-2.
- Syse 2000** Syse, Aslak; Reidun Førde og Olav Helge Førde (red.) *Medisinske feil*. Oslo: Gyldendal Akademisk ANS, 2000.
- Syse 2004** Syse, Aslak: *Helserettslige dommer siden 1985*. Publisert i Lov og Rett 2004 s. 387 – (LOR-2004-387).
- Syse 2008** Lødrup, Peter; Kaasen, Knut og Tjomslang, Steinar. *Norsk Lovkommentar 2008, Bind 3, pasientrettighetsloven v/ Aslak Syse*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2008.
- Syse 2009** Syse, Aslak. *Pasientrettighetsloven med kommentarer*. 3 utg. 2009. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2009.

## Domsregister

Rt. (Norsk Retstidende)

Rt. 1978 s. 482	«Røntgenstråle»
Rt. 1981 s. 728	«Lymfeknute»
Rt. 1989 s. 674	«Struma»
Rt. 1993 s. 1169	«Nervesvulst»
Rt. 1992 s. 64	«P-pille II»
Rt. 1998 s. 1336	«Ruptur»
Rt. 1998 s. 1538	«Cauda equina»

Rt. 2006 s. 1217	«Angiografi»
Rt. 2007 s. 158	«Pseudoanfall»
Rt. 2007 s. 172	«Schizofreni»
Rt. 2008 s. 218	«Sarkom»

### **Underrettspraksis.**

LB-2007-16311	Borgarting lagmannsrett, 31.01.2008	«Benlengdeforskjell»
LA-2007-48909	Agder lagmannsrett, 10.09.2007	«Prolaps»
LG-2007-110968	Gulating lagmannsrett, 14.03.08	«Blodpropp»
LB-2008-102426	Borgarting lagmannsrett, 07.01.2009	«Korsryggsmerter»
LB-2008-130905	Borgarting lagmannsrett, 25.11.09.	«Shizofrenidiagnose»
LB-2009-74856	Borgarting lagmannsrett, 27.10.2009	«Tvangsmessig stell»

TOSLO-2005-146707	Oslo tingrett, 01.12.2006	«Isjias i strekk»
TOSLO-2006-95917	Oslo tingrett, 08.02.2007	«Reflux-plager»
TOSLO-2006-138523	Oslo tingrett, 18.04.2007	«Spondylolistese»
TOSLO-2009-16453	Oslo tingrett, 26.06.2009	«Luksasjoner»
TOSLO-2009-28796	Oslo tingrett, 09.10.2009	«Hallux valgus»

### **Avgjørelser fra Pasientskadenemnda.**

PSN-2003-692  
 PSN-2005-164  
 PSN-2005-439  
 PSN-2005-764  
 PSN-2006-127  
 PSN-2006-294  
 PSN-2006-468  
 PSN-2006-479

PSN-2006-613

PSN-2007-367

PSN-2007-587

PSN-2007-612

## **Lover**

hlspl.

Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)  
av 2. juli 1999 nr. 64.

passkl.

Lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)  
av 15. juni 2001 nr. 53.

pasrl.

Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)  
av 2. juli 1999 nr. 63.

skl.

Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)  
av 13. juni 1969 nr. 26.

strl.

Lov om den alminnelige borgelige Straffelov (straffeloven)  
av 22. mai 1902 nr. 10.

## **Forskrifter**

FOR 2000-12-21 nr. 1385      Forskrift om pasientjournal.

FOR 2002-12-20 nr. 1625      Forskrift om Norsk Pasientskadeerstatning og  
Pasientskadeerstatning.

## Offentlige dokumenter

Innst .O. nr.68 (2000 – 2001)	Innstilling fra sosialkomiteen om lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven).
NOU 1992: 6	Erstatning ved pasientskader.
Ot.prp. nr. 12 (1998-1999)	Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven).
Ot.prp. nr. 13 (1998-1999)	Om lov om helsepersonell m.m (helsepersonelloven).
Ot.prp. nr. 31 (1998-1999)	Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven).
Ot.prp. Nr. 14 (2000-2001)	Om lov om endringer i lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v (helsepersonelloven) og enkelte andre lover.

## Elektroniske kilder.

LHL. (04.12.08). *Pasientskadeerstatning*. <http://www.lhl.no/Leve-med-sykdom-/Rettigheter/Andre-rettigheter/Pasientskadeerstatning>

Grimen, Bjørn. (09.03.2010). <http://nrk.no/nyheter/distrikt/rogaland/1.7029736>

NPE. (18.04.2008). *Norsk pasientskadeerstatning feirer 20 års jubileum*.  
<http://www.npe.no>

NPE. (29.01.2010). *Medhold/ avslag per 1. kvartal 2010*. <http://www.npe.no>



## 7 Vedlegg



Morten Kjelland

Dr. juris, post doc  
Morten Kjelland  
Nordisk institutt for sjørett

Postadresse:  
Postboks 6706 St. Olavs  
0130 Oslo

Besøksadresse:  
Karl Johansgate 47  
Domus Media Vest  
(midtbygningen)  
0162 Oslo

Telefon : 22 85 96 72  
Mobiltlf.: 91 68 20 25  
Telefaks : 22 85 97 50  
E-post : p.m.kjelland@

### **Gørill Skaret – spesialhandling om informasjonssvikt ved utføring av en behandling.**

Opgaven « pasienters stilling ved informasjonssvikt » tar sikte på å gi en rettslig fremstilling av hvilke krav det stilles til helsepersonellens informasjonsplikt og pasienters rettigheter. Avhandlingen tar sikte på å analysere relasjonene mellom erstatning og pasienters rett ved en eventuell behandling. En sentral målsetting er å klarlegge om kravene til informasjon har blitt skjerpet etter pasientrettighetsloven og pasientskadeloven ikrafttredelse.

Prosjektet tar sikte på å gi en rettsdogmatisk og dels rettspolitisk analyse av informasjonssvikt-ansvaret. Det har ikke vært gjort tilsvarende analyser av dette ansvarsgrunnlaget. Prosjektet kan gi et interessant og ønskelig bidrag til eksisterende fremstillinger.

På denne bakgrunn anbefaler jeg at Gørill Skaret gis mulighet for tilgang til data og respondenter, slik at hun kan foreta kildeinnsamlingen knyttet til sine undersøkelser.

Dersom det er spørsmål, treffes jeg på telefon 22 85 96 72/91 68 20 25.

Morten Kjelland

Dr. juris, post doc/veileder

17. mars 2010

Nordisk institutt for sjørett, Universitetet i Oslo

